

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL FIGUEIREDO FULGÊNCIO

**UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O ESTUDO DA CARACTERIZAÇÃO DA
SUSPENSÃO DE SEGURANÇA COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO: DAS
CATEGORIAS CONCEITUAIS DE CARL SCHMITT E GIORGIO
AGAMBEN À CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO
INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PARTICULAR**

Brasília
2014

RAFAEL FIGUEIREDO FULGÊNCIO

**Uma contribuição para o estudo da caracterização da suspensão de
segurança como medida de exceção:** das categorias conceituais de Carl
Schmitt e Giorgio Agamben à crítica ao princípio da supremacia do interesse
público sobre o particular

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em
Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre
em Direito.

Área de Concentração: Direito e Políticas Públicas

Orientador: Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Brasília
2014

RAFAEL FIGUEIREDO FULGÊNCIO

**Uma contribuição para o estudo da caracterização da suspensão de
segurança como medida de exceção:** das categorias conceituais de Carl
Schmitt e Giorgio Agamben à crítica ao princípio da supremacia do interesse
público sobre o particular

Dissertação apresentada ao Programa Mestrado em Direito do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito
pela Comissão julgadora composta pelos membros:

Brasília, 1º de agosto de 2014.

COMISSÃO JULGADORA

Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB (Orientador)

Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior
Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Dr. José Eduardo Sabo Paes
Universidade Católica de Brasília – UCB

AGRADECIMENTO

Ao meu orientador, professor Arnaldo Godoy, que, com toda a sua abnegada dedicação, tornou possível a realização do presente trabalho. Agradeço, especialmente, pelo apoio nos momentos mais difíceis, pelo qual serei eternamente grato.

Aos professores Gustavo Ribeiro, René Marc, Jefferson Carús Guedes, Frederico Barbosa, Héctor Valverde Santana e Roberto Freitas Filho, por todo o incentivo e o conhecimento compartilhado.

À equipe da secretaria do programa de pós-graduação, pelo pronto auxílio de sempre.

Aos meus amigos e colegas do Mestrado, que, com toda a sua generosidade, tornaram a experiência acadêmica muito mais rica e agradável.

Aos meus pais, Maurício e Tânia, que, no fim das contas, são responsáveis por tudo na minha vida.

À minha esposa, Clarissa, pela cumplicidade e, principalmente, pela paciência de, dia após dia, ouvir as minhas considerações “filosóficas”. Agradeço especialmente pelo auxílio em meu período de licença-capacitação, quando garantiu minha subsistência juntamente com Zilá, Elvira e Paulo.

Ao meu irmão, Henrique, que é meu grande companheiro de jornada acadêmica, sempre me ensinando muito mais do que posso retribuir.

À minha tia Daisy, que me disponibilizou toda a sua experiência acadêmica e contribuiu de maneira preciosa nos momentos finais de elaboração do presente trabalho.

À minha prima Teresa e aos cunhados Francisco, Ana Sylvia e Luísa, que, cada um à sua maneira, me auxiliaram no presente trabalho.

Aos amigos do DECOR, pelo companheirismo cotidiano e pela assunção da carga extra de trabalho durante meu período de licença-capacitação. Dedico agradecimento especial aos amigos Daniel Passos, que me indicou o caminho das pedras para o curso de Mestrado, Daniel Farias, que sempre se dispôs a discutir o tema do presente trabalho, e Leslei Lester Magalhães, que me auxiliou na revisão do trabalho.

À Advocacia-Geral da União, que, através da Escola da AGU, custeou parcialmente o presente curso de Mestrado.

A tradição dos oprimidos ensina que o estado de exceção em que vivemos é a regra. Devemos chegar a um conceito de história que corresponda a esse fato.

Walter Benjamin

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar a possibilidade de enquadramento da suspensão de segurança como medida de exceção. Trata-se, inicialmente, através das obras de Carl Schmitt e de Giorgio Agamben, da definição da exceção como mecanismo baseado na cisão entre a vigência formal e a eficácia da lei, que, durante o estado de exceção, vigora na forma de sua própria suspensão, sem qualquer correlação com a realidade. A generalização da utilização da exceção, que, na visão de Agamben, vem se transformando no paradigma de governo das democracias contemporâneas, retira de tal instrumento a função de proteção do ordenamento jurídico e o transforma em fator de aplicação seletiva de seus preceitos, comprometendo, em última análise, a realização do Estado Democrático de Direito e a proteção jurídica do indivíduo. Cuida-se, na sequência, da realização de um breve histórico da regulamentação legal da suspensão de segurança, através do qual é apontada a inexistência de relação direta do instituto com o regime militar pós-64, e, ainda, de uma análise da eficácia temporal da ordem de suspensão de segurança, voltada para a demonstração da tendência, em número considerável de casos, de se tornar definitiva a decisão proferida no incidente em detrimento da deliberação judicial adotada no processo principal. Passa-se, então, ao estudo da qualificação conferida à suspensão de segurança pela dogmática e pela jurisprudência nacionais, tratando-se, de um lado, do entendimento que lhe reduz a uma medida de natureza cautelar, destinado à sustação dos efeitos de decisões judiciais proferidas em afronta ao ordenamento jurídico, e, de outro lado, de duas interpretações que resultam por conferir à suspensão de segurança a natureza de medida de exceção, capaz de permitir, com fundamento em razões de utilidade pública, a vigência de decisões administrativas em descompasso com o ordenamento jurídico. Como resultado da referida análise, conclui-se que a suspensão de segurança não pode ser considerada como instrumento de realização do interesse público conforme definido no ordenamento jurídico-constitucional, mas, antes, confirmando os prognósticos de Agamben sobre a tendência atual de concentração dos poderes governamentais, como medida de exceção, capaz de sujeitar a eficácia dos preceitos constantes do ordenamento jurídico a um juízo de natureza política.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Soberania. Estado de exceção. Suspensão de Segurança. Interesse público.

ABSTRACT

This thesis aims at analyzing the possibility of categorizing “*suspensão de segurança*” as an exceptional measure. Based on Carl Schmitt’s and Giorgio Agamben’s work, the definition of exception as the place where the opposition between the norm and its practical realization reaches its greatest intensity is discussed. The widespread use of exception, which, according to Agamben, is becoming the paradigm of government in contemporary democracies, withdraws from exception the role of protecting the legal system, transforming it into an instrument of selective enforcement of legal prescriptions, thus undermining the realization of democratic rule of law state. The history of the legal regulation of “*suspensão de segurança*” is debated, in order to point out the inexistence of a direct relation between “*suspensão de segurança*” and the dictatorship that ruled Brazil from 1964 to 1985. The issue of temporal effectiveness of the order of “*suspensão de segurança*” is also analyzed, with special attention to the trend of the effects of the decision issued in the “*suspensão de segurança*” to become permanent, at the expense of the judicial decision adopted in the main proceedings. The qualification given to “*suspensão de segurança*” by Brazilian jurists and case law is then studied. On one hand, the theory that reduces “*suspensão de segurança*” to a writ of prevention, aimed at suspending the effects of illegal decisions, is analyzed. On the other hand, two theories which characterize “*suspensão de segurança*” as an exceptional measure, capable of ensure the practical realization of illegal government decisions, are discussed. In conclusion, it is stated that “*suspensão de segurança*” cannot be considered as an instrument of realization of public interest as defined in law, but rather as a measure of exception, able to subordinate the effectiveness of law to a political decision.

Keywords: Democratic rule of law state. Sovereignty. Estate of exception. Brazilian Procedural Law. Public interest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
 CAPÍTULO I - ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA	 14
1.1 Estado de exceção em Carl Schmitt	15
<i>1.1.1 Ditadura e estado de exceção.....</i>	<i>18</i>
<i>1.1.2 Ditadura comissária e ditadura soberana</i>	<i>24</i>
<i>1.1.3 Estado de exceção e decisão soberana.....</i>	<i>27</i>
1.2 A leitura de Giorgio Agamben do estado de exceção schmittiano	33
<i>1.2.1 O paradoxo jurídico do estado de exceção</i>	<i>36</i>
<i>1.2.2 O estado de exceção e a revelação da vida nua.....</i>	<i>40</i>
<i>1.2.3 A generalização do estado de exceção</i>	<i>45</i>
 CAPÍTULO II – A SUSPENSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTRÁRIAS AO PODER PÚBLICO E A TENTATIVA DE RECONDUZIR A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA AO DIREITO	 50
2.1 Histórico da normatização legal da suspensão de segurança	53
2.2 Eficácia da decisão concessiva da suspensão de segurança	64
2.3 Afastamento da caracterização da suspensão de segurança como recurso.....	71
2.4 Caracterização da suspensão de segurança como medida cautelar	77
 CAPÍTULO III – A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO	 86
3.1 A posição jurisprudencial sobre a natureza jurídica da suspensão de segurança e sua caracterização como medida de exceção	88
3.2 A caracterização da suspensão de segurança como instrumento de realização do interesse público e a crítica do princípio da supremacia do interesse público	93
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	117
 REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito tem como elemento fundamental a submissão do Poder Público à Constituição e às leis, conferindo racionalidade e previsibilidade à atividade estatal através da limitação da discricionariedade da autoridade administrativa. Em sua conformação ideal, não há espaço territorial, lapso temporal ou grupo de indivíduos em relação aos quais seja possível subtrair a vigência do ordenamento jurídico.

A técnica do estado de exceção surge juntamente com o Estado de Direito, como contraponto à inflexibilidade do caráter geral e abstrato da lei. Tem como característica a concessão, à máquina estatal, em momentos de crise, da possibilidade de atuar livre das imposições do direito, que permanece suspenso. A decretação do estado de exceção dá ensejo à implantação de um governo fora da lei, cujo parâmetro de atuação não se encontra nos imperativos de ordem jurídico-constitucional, mas nas circunstâncias fáticas da realidade vivenciada.

Na retórica justificativa do instituto, o estado de exceção é um dispositivo de proteção da Constituição e do ordenamento jurídico, cuja suspensão temporária tem por finalidade a sua própria defesa, destinando-se à transição a um estado de normalidade fática em que sua vigência possa ser reativada. Destinar-se-ia, portanto, o estado de exceção, a evitar o rompimento do sistema jurídico nos casos em que a aplicação de seus dispositivos seja capaz de colocá-lo em risco, evitando a ruína do Estado e do modo de vida da comunidade decorrente da observância de comandos jurídicos impróprios às circunstâncias enfrentadas.

Observa-se, porém, nos dias de hoje, em eventos que vão desde a criação de espaços regidos por uma “legalidade extraordinária”, como a Prisão de Guantánamo e as zonas de proteção estabelecidas em encontros internacionais, até a absorção das competências legislativas pelos órgãos do Poder Executivo, uma tendência à utilização generalizada da exceção, que deixa de funcionar como instrumento de garantia da Constituição para atuar como fator de aplicação seletiva de seus preceitos. O resultado de tal tendência de normalização da exceção é a progressiva dissolução do Estado de Direito, a sistemática negativa de vigência dos direitos fundamentais e, ainda, a redução de democracia e absolutismo a um só termo.

Dentro desse contexto de generalização da exceção, o presente trabalho tem por objetivo analisar o instituto da *suspensão de segurança*¹, regulado, atualmente, em especial, pelo art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e pelo art. 15 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. O estudo visa averiguar a possibilidade de enquadramento do referido instrumento entre as medidas de exceção que hoje fazem parte da governamentalidade dos regimes democráticos ocidentais, verificando-se, portanto, sua capacidade de fazer com que o Poder Público atue de forma soberana, conduzindo seus interesses à margem da legalidade.

No primeiro capítulo do presente trabalho busca-se definir os conceitos de estado de exceção e soberania, tarefa que se realiza a partir da obra de Carl Schmitt e das críticas a ela dirigidas mais recentemente por Giorgio Agamben. Objetiva-se, ainda, explicitar as implicações que a generalização do uso da exceção vem trazendo para as democracias contemporâneas, caminho que é trilhado, também, com apoio nas considerações do referido autor italiano.

No estado de exceção schmittiano, a lei permanece formalmente em vigor, mas inaplicável na prática. Esta suspensão da eficácia do direito se dá com a finalidade de proteção do ordenamento jurídico, ao qual o estado de exceção se mantém vinculado como parte integrante. A decretação do estado de exceção fica a cargo da autoridade soberana, cuja decisão diz respeito ao reconhecimento, ou não, da existência das condições de normalidade fática necessárias à aplicação do direito.

Agamben critica a inserção do estado de exceção e da soberania no ordenamento jurídico, afirmando o caráter paradoxal do ato jurídico de suspensão do próprio direito. A multiplicação das medidas de exceção, que ameaça romper os limites do espaço em que deveria permanecer confinada e se confundir com o ordenamento jurídico da normalidade, constituem-na, segundo Agamben, não como uma forma de proteção da Constituição, mas como a maior ameaça que hoje paira sobre o discurso da democracia e dos direitos humanos.

No segundo capítulo, trata-se, inicialmente, de realizar um histórico da legislação de regência da suspensão de segurança. Contrariamente ao que se costuma afirmar, o instituto não se encontra diretamente relacionado ao regime militar pós-64. Desde sua criação pela Lei nº 191, de 16 de janeiro de 1936, a suspensão de segurança habitou estavelmente todos os

¹ Para simplificação da exposição e da leitura, utiliza-se o termo *suspensão de segurança* para designar todos os incidentes voltados à suspensão de decisões contrárias ao Poder Público, sejam decisões liminares (cautelares ou de antecipação de tutela) ou terminativas do feito (sentença e acórdãos), sejam decisões proferidas em mandado de segurança ou em ações submetidas a procedimentos diversos. Tal opção metodológica, conforme se verá no primeiro item do segundo capítulo do presente trabalho, se justifica pela uniformização do procedimento e pela identidade dos efeitos das decisões proferidas nos processos da espécie.

regimes políticos que se sucederam na história do país, tendo adquirido seus contornos mais amplos já na vigência da Constituição de 1988.

Passa-se, então, a uma análise da eficácia temporal da suspensão de segurança, centrada no estudo da tendência de vir a se tornar definitiva a decisão de deferimento do incidente, em franca contrariedade com a predição teórica, no sentido de que a ordem de suspensão de segurança vigora temporariamente, cessando seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão proferida no processo de origem. De fato, o longo tempo de tramitação dos feitos judiciais, conjugado com a irreversibilidade de determinadas modificações realizadas no mundo fático a partir da permissão concedida ao Poder Público em sede de suspensão de segurança, fazem com que, em muitos dos casos, seja impossível a realização prática da decisão adotada ao final do processo principal, sacrificando-se definitivamente a realização do direito aplicável à espécie.

Cuida-se, ainda, do estudo da exclusão da suspensão de segurança da classe dos recursos, de forma a ressaltar a característica do incidente de não ensejar a revisão das decisões judiciais proferidas nos processos originários, mas apenas a verificação da necessidade de acautelar o interesse público nas hipóteses em que potencialmente ameaçado o interesse público nas modalidades ordem, saúde, segurança e economia públicas previstas na regulamentação legal do instituto.

Ao final do segundo capítulo, trata-se da tentativa realizada por parte da doutrina pátria de reconduzir a suspensão de segurança ao ordenamento jurídico, identificando-a com as medidas cautelares presentes em nosso processo civil. Para os defensores de tal entendimento, a concessão da ordem de suspensão de segurança tem como requisito a demonstração da probabilidade de vir a ser reformada ou anulada a decisão judicial contra a qual aviado o incidente. Erige-se, portanto, como requisito para o deferimento da suspensão de segurança, além do *periculum in mora*, materializado no grave risco de dano aos referidos interesses públicos relacionados ao instituto, o *fumus boni iuris*, que diz respeito à mencionada probabilidade de êxito da pretensão recursal exercitada no processo de origem.

Segundo a proposta doutrinária em referência, a suspensão de segurança perde qualquer atributo de excepcionalidade, caracterizando-se como medida de contracautela que não se baseia em razões políticas, mas em argumentação essencialmente jurídica. Apesar de compatibilizar de maneira definitiva a suspensão de segurança com os postulados do Estado de Direito, decorrendo, inclusive, de uma concepção de interesse público corretamente assentada na Constituição de 1988, tal entendimento parece não encontrar respaldo na

legislação de regência do instituto, que estabelece a total desvinculação entre o julgamento dos recursos interpostos contra a decisão no processo de origem e o julgamento da suspensão de segurança.

No terceiro capítulo são objeto de exame duas interpretações que resultam por conferir à suspensão de segurança a qualidade de medida de exceção. O ponto de contato entre ambos os entendimentos reside na postulação de que o incidente em tela não comporta a análise da juridicidade da decisão proferida na origem, sendo possível a sustação dos efeitos de decisão judicial irretocável do ponto de vista do direito a partir da mera demonstração da possibilidade de vir a mesma a causar grave dano aos bens jurídicos ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Na primeira parte deste capítulo, trata-se de posicionamento que encontra ampla aceitação na jurisprudência pátria, que, a partir do reconhecimento de não se cuidar, em sede de suspensão de segurança, da revisão do conteúdo jurídico da decisão de origem, confere ao instrumento natureza político-administrativa. Tratar-se-ia, portanto, a suspensão de segurança, de autorização excepcional conferida ao Poder Judiciário para decidir em bases extrajurídicas, sendo possível, mediante atividade eminentemente política, excepcionar a aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto em análise.

A parte final do terceiro capítulo dedica-se a entendimento adotado por nossa doutrina majoritária, que, apesar de, igualmente, afastar a possibilidade de análise da juridicidade da decisão de origem na suspensão de segurança, pretende, ainda, vincular o incidente ao ordenamento jurídico, caracterizando-o como instrumento vocacionado à realização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. De acordo com tal entendimento, a suspensão de segurança tem como finalidade fazer prevalecer, ainda que temporariamente, interesses da coletividade, de reconhecida relevância constitucional, sobre interesses individuais. Não encontraria fundamento, portanto, a ordem de suspensão de segurança, em razões de natureza política, mas em argumentação jurídica, pertinente ao referido princípio, atuando o incidente de suspensão de segurança como instrumento de garantia de valores públicos cuja relevância se extrai diretamente da Constituição de 1988 e cuja realização prática coincidiria com o interesse público.

A alternativa apresentada pela doutrina, porém, não consegue alcançar o objetivo de vincular definitivamente a suspensão de segurança à realização dos comandos contidos no ordenamento jurídico, servindo a argumentação que lhe sustenta, pelo contrário, para corroborar a caracterização do instituto como medida de exceção. Isto se dá em razão da

proximidade entre a *doutrina das razões de Estado*, própria das antigas monarquias absolutistas, e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, através do qual sobrevivem em nosso Direito Administrativo as práticas autoritárias dos referidos regimes.

O exercício do poder, no Estado Democrático de Direito, encontra sua legitimidade na realização dos direitos fundamentais, destinando-se, estes, a prevalecer nos casos de conflito com interesses individuais ou coletivos aos quais não tenha a Constituição conferido igual dignidade. O critério da atuação administrativa, ou, em outras palavras, a definição do interesse público, devem ser buscados no ordenamento jurídico, afastando-se a possibilidade de aplicação de uma regra de preferência abstrata pelos interesses coletivos em detrimento dos interesses individuais.

A sustação dos efeitos de decisão judicial perfeita, do ponto de vista jurídico, não pode se basear no interesse público pela simples razão de inexistir interesse público contrário à lei, razão pela qual também não se sustenta o entendimento de que a suspensão de segurança é medida que, apesar de não se basear em razões jurídicas, destina-se à realização do interesse público. A salvaguarda de interesses enunciados pelo Poder Público em detrimento de comandos judiciais adequados ao ordenamento jurídico não pode dizer respeito ao cumprimento deste último, dando ensejo, pelo contrário, a uma situação fática que nega a imperatividade de seus comandos.

A confirmação da hipótese de que a suspensão de segurança é utilizada como medida de exceção pode nos fornecer uma nova e privilegiada perspectiva de análise do sistema jurídico que vigora em nosso país, ensejando o reconhecimento do exercício, pelas autoridades governamentais brasileiras, de um poder que não encontra fundamento na ordem jurídica. Tratar-se-ia, no caso, da fragilização do controle jurídico das decisões do Poder Público, permanecendo a realização prática do ordenamento jurídico dependente de um critério político, relativizando-se a efetividade, inclusive, dos direitos fundamentais sobre os quais está fundada a Constituição de 1988.

O presente trabalho, portanto, para além da simples delimitação dos contornos do instituto da suspensão de segurança, diz respeito à confirmação dos prognósticos de Agamben de que a legalidade extraordinária será a regra de nosso tempo, utilizando-se, cada vez mais, as democracias contemporâneas, do estado de exceção como técnica de governo. A invocação de um cenário de crise permanente, que tem como resultado tornar regra e exceção

indiscerníveis, faz com que o homem permaneça abandonado a uma normatividade vazia, exposto a um poder soberano ao qual não pode opor qualquer resistência.

CAPÍTULO I - ESTADO DE EXCEÇÃO COMO PARADIGMA DE GOVERNO NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

O estado de exceção é um conceito limítrofe, que se encontra na fronteira entre o jurídico e o político, tendo sido muitas vezes negligenciado o seu estudo pelas Ciências Jurídicas em razão da compreensão de não se tratar de um problema de teoria do direito. A análise do tema será desenvolvida no presente trabalho com base, especialmente, na doutrina de Carl Schmitt, que contribuiu decisivamente para a conceituação do estado de exceção em duas de suas principais obras, *A Ditadura* e *Teologia Política*, e de Giorgio Agamben, que, a partir da releitura da teoria schmittiana da soberania e do estado de exceção, nos propõe uma nova visão sobre as práticas jurídico-políticas que caracterizam as democracias contemporâneas.

A parte inicial deste primeiro capítulo tem como objetivo estabelecer o conceito de estado de exceção na teoria de Schmitt, buscando-se esclarecer como se dá o funcionamento prático da exceção, baseado na separação entre a vigência formal e a eficácia do direito. A suspensão da lei no estado de exceção, para Schmitt, é uma forma de aplicação do direito, destinando-se à garantia da ordem jurídica em momentos de crise; sua vigência será sempre temporária, limitada à tarefa de criação ou restabelecimento das condições fáticas necessárias à aplicação prática da Constituição legítima.

Na parte final do capítulo trata-se de indicar, com base nas considerações de Agamben, quais as reais consequências para o sistema jurídico democrático decorrentes da possibilidade de suspensão da eficácia do direito. O autor defende a desvinculação entre estado de exceção e ordenamento jurídico, apontando a generalização das medidas de exceção como a maior ameaça ao discurso dos direitos humanos professado pelos países ocidentais nos dias de hoje.

Na visão de Agamben, o lugar do estado de exceção nas práticas governamentais contemporâneas tende a se confundir, cada vez mais, com o lugar da normalidade, estando em jogo a instituição de um estado de exceção permanente que, ao contrário de proteger a democracia, ameaça torná-la indistinguível de seu oposto e esvaziar por completo a ideia de Constituição. A dependência funcional do ordenamento jurídico em relação à anomia, que, no fim das contas, se encontra em sua origem, põe em questão a possibilidade mesma da

existência do direito, cuja realização permanece intrinsecamente dependente de uma vontade soberana que se apresenta como sua própria negação.

1.1 Estado de exceção em Carl Schmitt

Nascido em 1888, em Plettenberg, na região alemã da Vestfália, Carl Schmitt foi um pensador católico conservador que se opôs firmemente ao pensamento jurídico liberal, positivista e jusnaturalista de seu tempo.² Até sua adesão ao NSDAP³, em 1933, foi adversário do movimento nazista. Em sua obra *Legalidade e Legitimidade*⁴, publicada no ano anterior, o teórico ainda denunciava o risco de grupos radicais, nazistas ou comunistas, através de meios legais, tomarem o poder na Alemanha em crise daquele tempo e destruírem a Constituição de Weimar.⁵

Apesar da ambiguidade que marcou sua relação com o regime nazista, a relevância da atuação de Schmitt na construção teórica do direito do *Terceiro Reich* foi tal que o melhor qualificativo que hoje lhe pode ser atribuído é o de oportunista.⁶ A interpretação mais comum da biografia do autor o aponta como um dos responsáveis pela barbárie nazista, acusando-o de, na condição de “jurista de Hitler”, ter contribuído diretamente para a expansão do poder dos nazistas e a perseguição dos indivíduos considerados nocivos ao regime.⁷

A real adesão de Schmitt à doutrina nazista foi objeto de constante questionamento de seus opositores no partido, que o consideravam excessivamente reacionário para o projeto em curso. Apesar da tentativa de adaptação de sua obra, com a inserção de elementos antissemitas, e, ainda, da defesa de atos do regime nazista, como os expurgos praticados no

² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.16.

³ Abreviatura de *Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei*, o Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, mais conhecido como Partido Nazista.

⁴ SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

⁵ BENDERSKY, Joseph. The Expendable Kronjurist: Carl Schmitt and National Socialism. *Journal of Contemporary History*, London and Beverly Hills, v.14, p.309-328, abr.1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/260061>> Acesso em: 04 jun. 2012. p.309

⁶ A respeito da relação de Schmitt com o nazismo, veja-se RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. Arnaldo Godoy ressalta, ainda, a problemática da relação dos intelectuais com o poder, apontando para a ligação entre o conservadorismo e o antiliberalismo. Cf. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O debate conceitual em torno dos poderes do Presidente dos Estados Unidos nos casos de guerra e de combate ao terror: a tese do presidencialismo unitário de John Yoo e seus críticos*. 2014. (mimeo).

⁷ SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: The End of Law*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p.15.

interior do próprio partido em 1934, na denominada *Noite das Facas Longas*⁸, e a promulgação das *Leis de Nuremberg*, realizada pelo Parlamento alemão em 1935 com o efeito de oficializar a ideologia biológico-racial do antissemitismo e fomentar o processo de perseguição aos judeus, o comprometimento de Schmitt com o nazismo sempre foi visto com desconfiança no NSDAP.⁹ Em 1936, após a reprodução de dois artigos, originalmente publicados em 1916, nos quais rechaçava as teorias fundadas no racismo biológico, ao qual nunca realmente se filiou, Schmitt foi afastado da política nazista e condenado ao silêncio.¹⁰

Ao final da guerra, Schmitt permaneceu preso por mais de um ano, no período entre 1945 e 1947, experiência que descreve em seu livro *Ex Captivitate Salus*.¹¹ A prisão decorreu da intenção dos norte-americanos de denunciá-lo perante o *Tribunal de Nuremberg*, fato que acabou não se concretizando em razão do entendimento de que não seria possível conectar Schmitt diretamente aos crimes cometidos pelo regime nazista. Nas oportunidades em que foi interrogado, Schmitt negou cumplicidade com os nazistas, alegando não deter poder real no regime após o ano de 1936, do qual, na realidade, teria sido mais uma vítima.¹²

A ligação de Schmitt com o nazismo fez com que seu pensamento permanecesse no esquecimento desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Esse processo, porém, vem sendo revertido nos últimos anos, fato que se comprova das recentes traduções de sua obra e da atenção que tem sido a esta conferida por autores como Habermas, Chantal Mouffe, Derrida e o próprio Agamben. A profundidade de suas críticas à racionalidade técnico-econômica de nosso tempo e ao sistema político liberal que caracteriza as democracias contemporâneas fazem de Schmitt um autor que não pode ser simplesmente ignorado.

Schmitt é responsável pelo mais rigoroso estudo do estado de exceção, permanecendo atuais, ainda hoje, suas considerações a respeito do tema formuladas, inicialmente, nos anos 1920. A construção teórica do autor é conhecida pela inserção no ordenamento jurídico e pela vinculação que propõe entre estado de exceção, soberania e decisão, vinculação esta que se encontra sintetizada na frase que dá início à sua *Teologia Política*: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.¹³

⁸ SCHMITT, Carl. *O Führer protege o Direito*. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.230-237.

⁹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.29-32.

¹⁰ Ibidem, p.32.

¹¹ SCHMITT, Carl. *Ex Captivitate Salus. Experiencias de la época - 1945-1947*. Minima Trotta: Madrid, 2010.

¹² SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: The End of Law*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p.176-177.

¹³ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p.87.

O estado de exceção, segundo afirma Schmitt, caracteriza-se pela retirada dos temperamentos jurídicos impostos ao exercício do poder do Estado, prevalecendo, de tal forma, um poder absoluto, de extensão ilimitada e eficácia imediata. Trata-se, nesse sentido, da instituição de uma autoridade que atua de forma soberana, destinada a vigorar durante os períodos de crise, incumbida da remoção dos obstáculos fáticos à vigência da ordenação legal da normalidade.

No contexto da teoria schmittiana, o estado de exceção permanece vinculado à ordem jurídica, atuando como mecanismo capaz de efetivar a suspensão do direito com a finalidade de garantir-lhe a própria vigência. Depende, portanto, o funcionamento do estado de exceção, da separação, promovida pelo autor, entre a vigência formal e a eficácia do direito: no caso extremo da exceção, a lei permanece em vigor, mas vigora como pura forma de lei, destituída de aplicabilidade prática.

Na aproximação que Schmitt promove do estado de exceção com a figura da ditadura, a referida separação entre forma de lei e força de lei aparece, no caso da ditadura comissária, na distinção entre norma de direito e norma de realização do direito, e, no caso da ditadura soberana, na distinção entre poder constituinte e poder constituído. Em ambas as hipóteses, o ordenamento jurídico permanece suspenso com a finalidade de que sejam estabelecidas as condições fáticas necessárias à vigência da Constituição considerada legítima.

Na *Teologia Política*, Schmitt trata da constituição do direito pelos elementos norma e decisão. A vigência da norma depende da existência de uma situação de normalidade, cujo reconhecimento é objeto de uma decisão da autoridade soberana. As condições normais que permitem o funcionamento da norma não são um fato exterior ou anterior ao direito, mas dele fazem parte.

Nesse sentido, a decisão coloca em contato duas realidades aparentemente opostas, o ordenamento jurídico da normalidade, de um lado; e o estado de exceção e a soberania, de outro. Ao decidir sobre o caso extremo, o soberano decide, na mesma medida, sobre a vigência da ordem jurídica da normalidade, observando-se, nesse ponto, a íntima relação existente entre a norma e a exceção.

1.1.1 Ditadura e estado de exceção

Em sua obra *A Ditadura*¹⁴, Schmitt apresenta o estado de exceção através da figura da ditadura, a qual, por sua vez, é caracterizada a partir da leitura proposta pelo autor da conhecida Teoria da Separação dos Poderes, formulada por Montesquieu em *Do Espírito das Leis*.¹⁵

Montesquieu foi um liberal clássico, tendo desenvolvido suas construções teóricas em antagonismo ao absolutismo monárquico.¹⁶ Seu arranjo de separação de poderes tem como objetivo limitar a atuação do Estado às hipóteses de consenso entre as instâncias de poder constituídas, concebidas com a finalidade de se regularem reciprocamente através de mecanismo em que o “poder freie o poder”.¹⁷

A superioridade da função legislativa, intimamente ligada à soberania, pressuposto compartilhado pelos publicistas da época de Montesquieu, conduziu-o a prescrever a participação de todas as esferas de poder no processo de criação da lei.¹⁸ Para o autor, a concentração do poder legiferante em apenas um dos órgãos do Estado representaria séria ameaça à preservação da liberdade geral.

Segundo o mecanismo concebido por Montesquieu, os poderes Legislativo e Executivo são dotados de idênticas faculdades de estatuir e impedir, sendo necessária a anuência da câmara de representantes do povo, da câmara da nobreza hereditária e, ainda, do rei para que se movimente a máquina estatal¹⁹. Permite-se, portanto, a qualquer das três instâncias de poder, vetar as iniciativas das demais, rejeitando, de maneira definitiva, a proposta de intervenção do Estado.

Essa neutralização mútua entre os poderes obriga-os a caminhar em conjunto, dependendo a solução de qualquer problema público, por mais grave que seja, de um

¹⁴ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985.

¹⁵ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: EDIPRO, 2004.

¹⁶ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 868, p.53-68, fev. 2008, p.54.

¹⁷ MONTESQUIEU, op. cit., p.189.

¹⁸ Ibidem, p.193-196.

¹⁹ Na teoria de Montesquieu, o Judiciário é um poder neutralizado em si mesmo, limitando-se a atividade do juiz a extrair o sentido exato do texto da lei. A atividade de julgar compete a um ser inanimado, que, em nome da segurança jurídica, não deve moderar nem a força, nem o rigor das leis. Cf. AMARAL JÚNIOR, op. cit, p.61-63.

consenso entre referidas instâncias.²⁰ A contenção do Estado, na construção de Montesquieu, não resulta da separação dos poderes, mas do sistema de controles recíprocos imposto aos mesmos. Schmitt atenta para o ponto, afirmando que a Teoria da Separação dos Poderes não é bem compreendida quando se enfatiza a ideia de divisão dos poderes, tratando-se, antes de tudo, de uma teoria da moderação do exercício do poder pelas autoridades estatais ou, em outros termos, da mediatização da *plenitudo potestatis*.²¹

A característica central da teoria de Montesquieu, portanto, é o estabelecimento de um governo moderado, em que nenhuma autoridade exerce o poder de forma unilateral, arbitrária, imprevista. A imagem da balança é invocada pelo autor para representar a harmonia que deve prevalecer entre os Poderes, limitando-se a atuação do Estado às hipóteses de concordância entre o rei e cada uma das casas legislativas.²²

Schmitt alude ao embate travado entre Montesquieu e aqueles que, como os fisiocratas e determinados pensadores da Ilustração, se opunham ferozmente à existência dos chamados *poderes intermediários*, destinados a frear a onipotência do poder real. Voltaire, por exemplo, criticava duramente a resistência dos parlamentos às determinações do rei; em sua visão, os poderes intermediários representavam um freio e um empecilho para a utilidade pública, sendo preferível que a máquina administrativa funcionasse pelo impulso dado a partir do centro, da mesma forma como Deus rege o universo.²³

Montesquieu reconhecia o que chamamos de ditadura na retirada dos mecanismos de freio e engrenagem mútuos entre os poderes, com a consequente criação de uma instância capaz de atuar sem qualquer mediação.²⁴ Para o autor, nunca deveria ser permitido ao Estado atuar com toda a plenitude de seu poder num ponto qualquer, devendo intervir na realidade sempre de forma mediatizada, ou seja, por intermédio de um poder limitado, que, junto a outros poderes igualmente mediatizados, tenha uma competência determinada.²⁵

A mesma crítica direcionada ao absolutismo real é utilizada por Montesquieu em desfavor da democracia “imediata”: o povo também não deve exercer um poder imediato na medida em que, mesmo no regime democrático, a liberdade civil e a inviolabilidade da lei

²⁰ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 868, p.53-68, fev. 2008, p.63

²¹ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985, p.138-140.

²² Ibidem, p.138.

²³ Idem, p.145.

²⁴ Idem, p.139.

²⁵ Idem, p.140.

somente estão garantidas se os Poderes Legislativo e Executivo puderem se controlar reciprocamente e, sobretudo, se as leis, uma vez promulgadas, não permanecerem sujeitas a modificações arbitrárias.²⁶

Schmitt põe em relevo, ainda, a condenação de Montesquieu do estabelecimento de uma competência acima das demais. A criação de uma “competência das competências”, capaz de redefinir os limites ou modificar as atribuições previamente estabelecidas, resultaria igualmente em despotismo. A soberania, ela mesma, unitária e ilimitada, deve ser exercida por autoridades dotadas, singularmente, de faculdades limitadas, e, inclusive às instâncias supremas legislativas e executivas, não deve ser franqueado estender unilateralmente seus poderes.²⁷

A figura da ditadura é introduzida por Schmitt em contraposição ao arranjo ideal forjado por Montesquieu, de refreamento e controle mútuo entre os poderes. Caracteriza-se, portanto, a ditadura schmittiana, pelo exercício do poder sem intermediação, pela instituição de uma autoridade imediata e irresistível, pela formação de uma unidade política que exerce o poder de forma unilateral, sem a oposição de qualquer obstáculo a sua vontade.

O conceito se aproxima da visão de Maquiavel sobre a ditadura na república de Roma, segundo a qual o ditador “delibera por si mesmo”, adota as medidas que entende adequadas independente do concurso de qualquer outra autoridade e impõe penas com validade imediata. Trata-se de mecanismo destinado a evitar, em casos de urgência, a “prolixidade” e a “colegialidade” que resultam do exercício regular dos poderes públicos, viabilizando, assim, a pronta ação do Estado.²⁸

Rousseau, no mesmo sentido, afirma que o legislador não pode prever com precisão todos os acontecimentos futuros, razão pela qual, nos momentos em que a inflexibilidade das leis tornarem sua aplicação perigosa para a segurança do Estado, devem ser suspensas as instituições em benefício da concentração do poder. Nas palavras do autor, a “ordem e a lentidão das formas requerem um espaço de tempo que as circunstâncias às vezes negam; sobrevêm mil acontecimentos a que não deu providências o legislador, e é muito necessária providência conhecer que não se pode tudo antever”.²⁹

²⁶ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985, p.140.

²⁷ Ibidem, p.140-141.

²⁸ Idem, p.36-37.

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.108.

A caracterização definitiva da ditadura em Schmitt depende, ainda, de seu isolamento da ideia de tirania, uma vez que, em ambas as hipóteses, o exercício do poder ocorre de tal forma imediata e unilateral. Para operar esta distinção, o autor se utiliza da teoria de Bodin, que, no primeiro de seus *Seis Livros da República*, caracteriza a soberania como “poder absoluto e perpétuo”.³⁰

Para Bodin, a autoridade soberana não reconhece qualquer poder superior ao que possui, dando conta de seus atos apenas a Deus e obedecendo apenas à lei da natureza; não se submete ao ordenamento jurídico, posto que a sua vontade é o próprio ordenamento jurídico. A soberania não é limitada nem em poder, nem em responsabilidade, sendo exercida por tempo indeterminado.³¹

Ainda segundo o teórico francês, não pode ser considerado soberano aquele que recebe o poder com encargos ou condições, assim como não se reconhece a soberania naquele que detém o poder por prazo determinado. O autor se utiliza da comparação com os direitos reais para distinguir a soberania das demais formas de detenção do poder estatal, sustentando que, da mesma maneira como aqueles “que emprestam seus bens a outrem permanecem seus senhores e possuidores”, os “que dão poder e autoridade de julgar ou de comandar – seja por tempo certo e limitado, seja por um tempo tão longo quanto lhes aprouver – permanecem contudo investidos do poder e jurisdição que outros exercem sob forma emprestada ou precária”.³² A existência, portanto, de uma relação jurídica aponta para o caráter derivado do poder, a exemplo do que ocorre nas modernas democracias, nas quais o titular do poder é o povo, mas seu exercício permanece, de fato, a cargo de representantes que não dispõem, eles mesmos, da soberania.

Contrariamente ao que ocorre com o tirano, que se apropria do poder soberano, o ditador atua em nome de outrem, por intermédio de uma comissão recebida do titular da soberania. O que diferencia ambas as figuras, portanto, não é a extensão de seus poderes, mas o fato de o ditador exercer o poder em razão de um cometido específico, estando sua autoridade submetida às limitações próprias da missão que justificou a outorga extraordinária.³³

³⁰ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1997, p.195.

³¹ Ibidem, p.198-199.

³² Idem, p.197.

³³ ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Combatente inimigo, Homo Sacer ou inimigo absoluto? O estado de exceção e o novo nomos da Terra*. 2011. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito: Direito e Políticas Públicas, Centro Universitário de Brasília, 2011, p.20.

Por mais amplas que sejam as competências conferidas ao ditador, este nunca exerce a soberania, podendo ser removido de seu cargo a qualquer momento pelo detentor real do poder soberano, fazendo cessar imediatamente a comissão. O ditador, portanto, é um órgão constituído, cuja atuação se restringe às situações excepcionais em que a liberdade e o Estado encontram-se ameaçados. O tirano, pelo contrário, normaliza a situação excepcional, se apropriando do Estado e colocando em perigo a liberdade individual.

A concessão de poderes extraordinários ao ditador se justifica pela necessidade de remoção de uma situação de ameaça, como o combate a um inimigo externo ou o enfrentamento de uma convulsão interna. Trata-se do enfrentamento de uma questão de ordem fática ou, no dizer de Schmitt, da necessidade de “intervir no decurso causal dos acontecimentos com meios cuja correção está na sua conveniência e que dependem exclusivamente das conexões fáticas deste decurso causal”.³⁴

A ameaça que justifica a instituição da ditadura é uma situação de perigo atual e concreto, cuja eliminação deve ser o objetivo imediato da ação ditatorial. Da mesma forma como o ato praticado em legítima defesa, a ditadura é uma reação a um ataque que se caracteriza essencialmente por sua atualidade, de tal forma que a ação ditatorial é dotada de conteúdo claro e preciso, destinando-se à superação de um adversário determinado.³⁵

Schmitt alude ao conceito de Estado policial para ressaltar tal característica da ditadura. O autor explica que o Estado policial se aproxima do regime ditatorial quanto a seu aspecto comissarial, ao passo em que se qualifica pelo cometimento aos governantes da tarefa de promover o bem-estar da população. A promoção do bem-estar geral, porém, é uma meta excessivamente abstrata para se equiparar às ações típicas da ditadura, diferenciando-se desta, portanto, o Estado policial, em razão de não se destinar à eliminação de uma situação fática concreta e imediata.³⁶

O ditador, portanto, é um órgão executivo que age diretamente sobre a realidade. Sua atuação é caracterizada pelo racionalismo, pela tecnicidade e pela executividade.³⁷ As regras observadas pelo ditador não são as regras de direito, mas regras técnicas de ação: a avaliação da atividade ditatorial se pauta exclusivamente pela aptidão dos meios empregados para alcançar os fins para os quais foram constituídos os poderes respectivos. Ganha ênfase,

³⁴ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985, p.26.

³⁵ Ibidem, p.180-181.

³⁶ Idem, p.180.

³⁷ Idem, p.43.

portanto, uma razão puramente instrumental, que desconhece a própria ideia de valor e, em nome da finalidade eleita, coaduna-se com os sacrifícios que se fizerem necessários.

Na ditadura, portanto, domina exclusivamente o fim, “livre de todos os entorpecimentos do direito e somente determinado pela necessidade de dar lugar a uma situação concreta”.³⁸ O ditador atua no caso limite, sua autoridade é a necessária para o cumprimento da tarefa outorgada e deve cessar no momento em que alcançado o resultado prático pré-estabelecido.

O ditador, em princípio, não tem o poder de modificar as leis³⁹, mas sua atuação não está adstrita aos direitos subjetivos legitimamente adquiridos pelos indivíduos. Estes são respeitados na medida em que não representem empecilho para a consecução da comissão outorgada. Em outras palavras, os titulares de direito não podem opor sua vontade juridicamente qualificada às ações do ditador.⁴⁰

Na medida em que a ditadura toma lugar em situações extremas, não é possível a previsão abstrata dos poderes do ditador. Se, em tempos normais, o meio para se alcançar determinada finalidade pode ser extraído da lei, no caso limite deve ser permitido ao ditador fazer tudo o que a situação das coisas reclamar. Trata-se, portanto, da constituição de um comissário de ação absoluta, cuja atuação, por não poder ser calculada com precisão e antecedência, independe da observação de normas gerais, beneficiando-se da abolição de todas as barreiras legais.⁴¹

Estando justificada qualquer medida necessária à consecução do resultado pretendido, “o conteúdo do apoderamento da ditadura se determina, de uma maneira incondicionada e exclusiva, com respeito à situação das coisas, surgindo uma igualdade absoluta entre tarefa e competência, discricionariedade e apoderamento, comissão e autoridade”.⁴² A comissão do ditador, portanto, não se regulamenta por algo como uma lei geral que delimita as possibilidades de transgressão da ordem jurídica. Suas competências dependerão do estado das coisas, sendo impossível, do ponto de vista lógico, inclusive, a regulação abstrata das medidas de exceção.

³⁸ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985, p.42.

³⁹ Aqui se diferenciam a ditadura comissária e a ditadura soberana, objeto de estudo do capítulo seguinte.

⁴⁰ Ibidem, p.42.

⁴¹ Idem, p.41-42.

⁴² Idem, p.28.

1.1.2 Ditadura comissária e ditadura soberana

A distinção entre *ditadura comissária* e *ditadura soberana* é o objetivo primordial de Schmitt em sua já referida obra *A Ditadura*. O autor se preocupa em diferenciar as novas formas de ditadura surgidas a partir do século XVIII, que extraem sua legitimidade diretamente do poder constituinte do povo, do arquétipo romano da ditadura. Segundo Agamben, o autor alemão percebe que a teoria e a prática leninista da ditadura do proletariado e a exacerbação do uso do estado de exceção na República de Weimar não “eram figuras da velha ditadura comissária, e, sim, algo de novo e mais radical que ameaçava pôr em questão a própria consistência da ordem jurídico-política”.⁴³

A ditadura comissária corresponde à figura a qual alude Rousseau no *Contrato Social* quando defende a outorga de poderes extraordinários a um “chefe supremo” nos casos extremos em que a observância dos preceitos jurídicos não seja recomendável do ponto de vista da sobrevivência do Estado. Conforme afirma o autor, com a finalidade de fazer retornar as coisas à situação de normalidade e, em consequência, restabelecer-se o império da lei, deve ser nomeado um ditador que faça emudecer todas as leis e “por um instante suspenda a autoridade soberana”.⁴⁴

Incumbe ao ditador, ainda segundo Rousseau, executar todas as medidas que entender necessárias ao cumprimento de sua missão especial, sendo-lhe vedada, entretanto, a modificação do ordenamento jurídico cuja defesa lhe foi confiada. A ditadura não pode prolongar-se no tempo, devendo cessar assim que resgatado ou destruído o Estado, sob pena de tornar-se tirânica ou inútil.⁴⁵

Caracteriza-se, pois, a ditadura comissária, como instância do poder constituído, invocada sob o marco de uma Constituição, com o objetivo de garantir as condições fáticas necessárias à vigência dessa mesma Constituição. Trata-se de mecanismo através do qual se mantém suspenso, para a sua própria proteção, o ordenamento jurídico ameaçado, que permanece abstratamente em vigor, mas inaplicável na prática.

Tal situação, em que a norma vige sem nenhuma referência à realidade fática, é possível, na ditadura comissária, graças à distinção, operada na doutrina de Schmitt, entre *norma de direito* e *norma de realização do direito*. Segundo o autor, a “Constituição pode ser

⁴³ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.56.

⁴⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.108.

⁴⁵ Ibidem, p. 109.

suspensa sem deixar de ter validade, pois a suspensão somente significa uma exceção concreta”.⁴⁶

A construção teórica schmittiana tem como pressuposto a ideia de que a aplicação das normas jurídicas depende de uma situação de normalidade, em vista da qual foi abstratamente formulado seu conteúdo. A norma jurídica “pressupõe, como meio homogêneo, uma situação normal na qual tem validade”, vocacionando-se a ditadura comissária a criar as condições em que o direito pode ser realizado.⁴⁷ Estas são as palavras de Schmitt sobre a temática:

Toda norma geral exige uma condição normal das relações da vida, nas quais ela tem que encontrar a sua aplicação tipificada e submetê-la à sua regulamentação normativa. A norma precisa de um meio homogêneo. (...) Não existe norma aplicável ao caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido.⁴⁸

A ditadura comissária, portanto, é instrumento de garantia do ordenamento jurídico, destinando-se, para possibilitar o seu funcionamento, a afastar uma situação concreta desfavorável. A lei permanece suspensa até que a questão que deu ensejo à outorga excepcional de poderes seja removida, restaurando-se o estado de normalidade e, em consequência, a vigência da lei.

A exemplo do que ocorre na ditadura comissária, a ditadura soberana também é instaurada com o objetivo de remoção de uma dada situação concreta. A diferença repousa, porém, no fato de que a situação concreta que se pretende remover no caso da ditadura soberana é a Constituição vigente. O poder extraordinário é estabelecido no interesse da criação das condições fáticas necessárias à implantação de uma nova Constituição, reconhecida esta como a *verdadeira* Constituição. Não se justifica, portanto, a ditadura soberana, pela garantia de uma Constituição existente, cuja vigência se procura assegurar, mas por uma Constituição que se pretende implantar.⁴⁹

Na ditadura soberana, a velha Constituição, considerada um obstáculo ao legítimo exercício do poder constituinte do povo, é suspensa com a finalidade de que seja substituída.

⁴⁶ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985, p.182.

⁴⁷ Ibidem, p.182.

⁴⁸ SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p.92-93.

⁴⁹ SCHMITT, Carl, op.cit., p.182-183.

A nova Constituição, “presente sob a forma ‘mínima’ do poder constituinte”, passa a ser aplicada antes mesmo de sua promulgação, de tal modo que Agamben pode afirmar que, enquanto na ditadura comissária a lei permanece em vigor, mas não se aplica, na ditadura soberana a lei se aplica sem estar formalmente em vigor.⁵⁰

O operador utilizado, na ditadura soberana, para permitir esta cisão entre a aplicação e a vigência da lei é a distinção entre *poder constituído* e *poder constituinte*. O ditador soberano deriva seus poderes de forma exclusiva e imediata do poder constituinte, caracterizando-se como um comissário que apela constantemente ao povo.⁵¹

Na doutrina de Schmitt, o poder constituinte permanece sempre latente no povo, que pode, a qualquer momento, modificar a ordem jurídico-constitucional. A promulgação de uma Constituição não subtrai do povo a soberania, mantendo-se este, ao passo em que incapaz de obrigar a si mesmo, na posse permanente do poder constituinte. Nesse sentido, a Constituição é a lei fundamental não porque seja imutável e independente da vontade do povo, mas porque não pode ser modificada pelos órgãos constituídos ou pela legislação ordinária.⁵²

Sieyès, de quem Schmitt retira sua teoria do poder constituinte, afirma que a nação está em permanente estado de natureza em relação a suas próprias formas constitucionais e aos funcionários que atuam em seu nome. Enquanto o poder constituinte não está sujeito a nada e a nação possui apenas direitos, os poderes constituídos se mantêm em estado de pura obrigação.⁵³

A ditadura soberana destina-se à eliminação dos impedimentos ao livre exercício do poder constituinte pelo povo, legitimando-se, portanto, pela realização da vontade popular soberana, que pode encontrar-se adulterada por meios artificiais ou pela agitação geral e a desordem.⁵⁴ Encontra seus fins na comissão recebida diretamente do poder constituinte, ocorrendo exclusivamente como forma de transição à nova ordem jurídica, aspecto no qual se distinguem, em essência, o ditador soberano e, de outro lado, as autoridades tirânicas, verdadeiramente soberanas.

Apesar da total negação da Constituição vigente que caracteriza a ditadura soberana, sua vinculação à ordem jurídica decorre de sua derivação do poder constituinte, na medida em que, para Schmitt, onde está reconhecido o poder constituinte, há sempre um mínimo de

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.58.

⁵¹ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985, p.192-193.

⁵² Ibidem, p.186.

⁵³ Idem, p.189.

⁵⁴ Idem, 1985, p.191.

Constituição. O apelo constante à vontade popular, portanto, confere significação jurídica à ditadura soberana.⁵⁵

A ditadura schmittiana, portanto, em ambas as suas modalidades, permanece em contato com a ordem jurídica. Tanto a ditadura comissária, quanto a ditadura soberana têm como finalidade estabelecer as condições necessárias para o funcionamento da ordem jurídica, mediante a remoção dos obstáculos à vigência da Constituição “justa”.

1.1.3 Estado de exceção e decisão soberana

Em seu *Teologia Política*⁵⁶, Schmitt realiza o segundo movimento em direção à inscrição do estado de exceção no ordenamento jurídico, utilizando-se, desta feita, da distinção entre dois elementos que considera fundamentais para o direito: a *norma* e a *decisão*.

Contrapondo-se ao normativismo liberal, do qual foi um dos grandes adversários em seu tempo, Schmitt recusa explicitamente a possibilidade de ancoragem da validade do ordenamento jurídico em uma norma. Nesse sentido, condena a regressão ao infinito promovida pelos sistemas positivistas, criticando de maneira insistente as considerações teóricas de Kelsen.

O autor afasta, ainda, a possibilidade de fundamentação da ordem legal na universalidade ou racionalidade de seu conteúdo. Afirma, de tal modo, a inviabilidade de obtenção de consenso acerca dos valores que devem basear a convivência comum, razão pela qual o Estado, em sua visão, deve ser fundado por uma *decisão* que determine os princípios fundamentais da sociedade.⁵⁷

Essa decisão que funda o Estado permanece, ela mesma, infundada. Trata-se de um ato puro de criação jurídica, que não extrai sua validade de uma verdade previamente estabelecida, de preceitos éticos ou jurídicos, mas da autoridade atribuída àquele que a

⁵⁵ SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985, p.193.

⁵⁶ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

⁵⁷ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica do liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p.99.

profere. Aplica-se, aqui, a fórmula que se tornou célebre no *Leviatã*: “*Auctoritas, non veritas facit legem*”.⁵⁸

O surgimento do pensamento decisionista puro é atribuído por Schmitt a Hobbes, para quem a transição do estado natural, onde reina “a ausência de paz social” e “a mais profunda e desesperada desordem e insegurança”, decorre “de uma vontade soberana cujo comando e cujo ordenamento são lei”. No decisionismo hobbesiano, a competência para a decisão não se encontra determinada em uma norma preexistente, caracterizando-se como a criação da lei “em meio à e sobre a insegurança anárquica de um estado natural pré-estatal e subestatal”.⁵⁹

A decisão schmittiana consiste numa opção arbitrária por uma entre as inúmeras interpretações sobre o bem geral, tendo como efeito fazer cessar o conflito em torno do tema existente no interior da sociedade. As bases da convivência comum, portanto, são estabelecidas de maneira autoritária, sendo impossível, pelas características ontológicas da decisão, a comunicação racional de seus fundamentos.

Ao estabelecer as premissas da vida em comunidade, a decisão cria as condições necessárias para o funcionamento do direito. Conforme visto anteriormente, Schmitt defende a necessidade de estabelecimento de uma ordem para que se possa ter um ordenamento jurídico. A norma não pode ser aplicada ao caos, dependendo de uma situação de mínima previsibilidade para que possa vigorar.⁶⁰ As condições de normalidade em que o direito pode funcionar não são dadas *a priori*, como um dado da natureza, mas são forjadas pela decisão soberana. A vigência do ordenamento jurídico, portanto, não é uma questão normativa, mas fático-política.

Ao impor as condições necessárias a seu funcionamento, a decisão acaba por criar o próprio direito. Schmitt é claro no sentido de que a normalidade fática que autoriza a vigência do direito “não é só uma ‘pressuposição externa’ que pode ser ignorada pelo jurista; ela pertence à sua validade imanente”.⁶¹ O estabelecimento da ordem “não se dissocia de uma decisão sobre o que é o direito, o interesse público, a paz”, não sendo, portanto, a “criação de

⁵⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁵⁹ SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.156.

⁶⁰ SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p.92.

⁶¹ *Ibidem*, p.92.

uma normalidade factual (...) dado anterior à aplicação do direito aos fatos, mas constitui um ato de conformação jurídica da realidade”.⁶²

A decisão que cria o direito e permite seu funcionamento é a característica essencial da soberania em Schmitt. A autoridade soberana, portanto, se caracteriza pelo poder de decidir sobre a normalidade, cabendo-lhe reconhecer quando tal estado prevalece e, no caso contrário, impor o estado de exceção. É este o sentido que deve ser dado à frase que inicia a *Teologia Política*: “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.⁶³

Schmitt ressalta que a ideia de soberania como decisão no caso extremo aparece pela primeira vez em Bodin, menos em função de seu conceito de que “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”, do que por sua doutrina dos verdadeiros sinais da soberania, que ocupa o capítulo X do primeiro de seus *Seis Livros da República*. Segundo o autor, Bodin afirma que a força dos compromissos assumidos pelo soberano repousa sobre a lei natural, mas que, nos casos emergenciais, “o compromisso segundo fundamentos naturais genéricos acaba”.⁶⁴

A possibilidade de transgredir as promessas e anular as leis nos casos em que as circunstâncias assim o exigirem é o que, para Bodin, faz com que o príncipe mantenha sua condição de soberano. Schmitt afirma, ainda, que “o poder de suspender a lei – em geral ou em casos isolados – é a verdadeira característica da soberania” na doutrina do teórico francês, da qual são derivados todos os demais poderes, como a declaração de guerra, a nomeação de funcionários, o poder de decidir em última instância ou a concessão de indulto.⁶⁵

O grande mérito de Bodin, para Schmitt, reside no fato de ter reduzido “a explicação das relações entre o príncipe e as corporações a um simples ‘é isso ou aquilo’ por meio de sua remessa ao caso de emergência”. A decisão, portanto, é incluída no conceito de soberania, decidindo-se definitivamente a questão do poder do Estado.⁶⁶

O estado de exceção que caracteriza o poder soberano não se confunde com as figuras previstas nas Constituições atuais. A tendência do direito moderno é a de tentar domesticar o estado de exceção, incorporando-o ao ordenamento jurídico através de figuras como o “estado de sítio” e o “estado de defesa” previstos em nossa Constituição e, ainda,

⁶² FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica do liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p.120-121.

⁶³ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, op. cit., p.87.

⁶⁴ Ibidem, p.89.

⁶⁵ Idem, p.89-90.

⁶⁶ Idem, p.89.

delimitando suas hipóteses de cabimento e as normas do ordenamento jurídico passíveis de suspensão. Na prática, porém, a regulamentação da situação de emergência não consegue eliminar do mundo a hipótese extrema do estado de exceção, que permanece como uma possibilidade fática sempre presente. A verdadeira exceção é sempre excepcional e, por princípio, imprevisível.⁶⁷

O estado de exceção a que se refere Schmitt quando alude à soberania se caracteriza pela possibilidade de fazer irromper no seio do Estado um poder ilimitado, decorrente da suspensão total do direito vigente, ou seja, um poder livre de quaisquer obstáculos normativos. Trata-se do caso limite, de uma exceção que, na exata medida em que é absoluta, dá lugar a uma “decisão no sentido eminente”.⁶⁸

Em seu *O Conceito do político*, Schmitt esclarece que o estado de exceção encontra-se vinculado à *decisão política*, ou seja, à decisão que estabelece a *relação amigo-inimigo*.⁶⁹ A eliminação do inimigo e a construção de um consenso por exclusão se apresentam, portanto, como condição para o funcionamento normal da ordem jurídica, ou seja, a decisão política, no mesmo passo em que determina quem é o inimigo, estabelece as condições de normalidade entre os amigos.⁷⁰ Nesse sentido, afirma-se que a doutrina schmittiana se afasta completamente do individualismo liberal, ao passo em que “o Estado, ao estabelecer o direito, não poderia admitir oposição e nenhum indivíduo poderia dentro dele ter autonomia”.⁷¹

Na doutrina de Schmitt, a exceção não representa um retorno ao estado de natureza, mas um caso extremo de conflito, em que as noções de interesse público, ordem e direito se tornam, elas mesmas, objeto de controvérsia.⁷² Trata-se, assim, de uma experiência de quebra da normalidade, de ruptura dos princípios fundamentais da vida em comum, que impossibilita a vigência normal da ordem jurídica.

O estado de exceção não se equipara à anarquia ou ao caos, em razão de que nele subsiste o Estado, que, de tal forma, prova sua “indubitável superioridade sobre a validade da norma jurídica”, e subsiste, ainda, algo de jurídico, mas algo diferente do jurídico da ordem da

⁶⁷ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. In: XI SIMPÓSIO INTERNACIONAL IHU: O (DES)GOVERNO BIOPOLÍTICO DA VIDA HUMANA, 11, 2010, São Leopoldo-RS. *Anais ...* São Leopoldo Instituto Humanitas Unisinos, 2010, p.244-274. p.247.

⁶⁸ SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p.87.

⁶⁹ SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

⁷⁰ FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica do liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p.119.

⁷¹ MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.25.

⁷² FERREIRA, Bernardo, op.cit., p.106-107.

normalidade. Isto se dá em razão de que, como já visto, a ordem jurídica, para Schmitt, é constituída por dois elementos irreduzíveis entre si, a *norma* e a *decisão*, e esta última, no caso de exceção, não desaparece, mas, pelo contrário, “liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta”.⁷³ Estas são as palavras do autor:

No caso da exceção o Estado suspende o direito em função de um, por assim dizer, direito à autopreservação. Os dois elementos do conceito “ordem jurídica” chocam-se entre si e provam sua independência conceitual. Como no caso normal, em que o momento independente da decisão pode ser reduzido a um mínimo, no caso da exceção a norma é eliminada. Mesmo assim, o caso de exceção continua acessível ao reconhecimento jurídico, porque ambos os elementos, tanto a norma quanto a decisão, permanecem no âmbito jurídico.⁷⁴

A decretação do estado de exceção revela a decisão em sua força e pureza absoluta, como elemento fundante da ordem jurídica. No caso excepcional, portanto, a autoridade prevalece sobre a norma, manifestando-se, assim, o que, na visão de Schmitt, é a “essência da soberania estatal”: o poder de criação do direito sem fundamento no direito.⁷⁵

Este poder de criação *ex nihilo* do direito outorga ao soberano, no mundo político, um papel correspondente ao exercido por Deus no mundo físico. O soberano, da mesma maneira como Deus cria o universo e estabelece as regras naturais, cria o Estado e impõe as leis da convivência social. Na tendência de secularização dos conceitos teológicos pela moderna teoria do Estado, o soberano é Deus transposto para o mundo político.⁷⁶

O estado de exceção, por sua vez, se equipara ao conceito teológico do *milagre*, identificando-se a quebra das leis naturais pela ação divina com a ruptura da continuidade da ordem legal decorrente da intervenção do soberano. A criação do mundo, ao passo em que inassimilável pelas leis da natureza, é um ato milagroso, assim como o é, em relação ao ordenamento jurídico da normalidade, a decisão que cria o Estado e o direito.

Da mesma maneira como o surgimento do mundo não pode ser compreendido através das leis que regem a realidade física, o entendimento do ordenamento jurídico, mesmo quando considerado em seu funcionamento normal, não prescinde do momento decisório. Como toda ordem, a ordem jurídica se baseia numa decisão e, não, numa norma, sendo esta a

⁷³ SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p.92.

⁷⁴ Ibidem, p.92.

⁷⁵ Idem, p.92-93.

⁷⁶ Idem, p.109.

razão da incapacidade da perspectiva exclusivamente normativa de conceber o fenômeno jurídico na sua inteireza.⁷⁷

O racionalismo iluminista conhece apenas a normalidade da lei da causalidade, repudiando a exceção em todas as suas formas. Nesse contexto, a norma jurídica, da mesma forma como as regras das ciências naturais, vigora sem exceção, sendo inadmissível a possibilidade de ruptura de sua eficácia por intervenção do soberano. Tal concepção, na visão de Schmitt, decorre de uma filosofia deísta que, apesar de aceitar a existência de Deus, nega o milagre e a revelação.⁷⁸ A atuação divina, no caso do deísmo, se esgota no ato de criação do mundo, o qual, a partir de então, deixa de depender do impulso de Deus, que permanece no mais absoluto silêncio.

Schmitt critica severamente o positivismo jurídico quando tenta resolver o problema da soberania por sua simples negação, como na afirmação de Kelsen de que o “conceito de soberania deve ser radicalmente reprimido”.⁷⁹ Para o autor alemão, a unidade e a pureza do sistema positivista são mantidas à custa da expulsão dos conceitos que não consegue explicar, recusando-se este a reconhecer o fundo de desordem que perturba a racionalidade da ordem jurídica.

O normativismo liberal seria incapaz de perceber que a “consciência do normal nasce justamente em comparação com a suspensão”, da mesma forma como o milagre se caracteriza pela quebra da continuidade que caracteriza o normal. Conforme afirma Schmitt no trecho seguinte, a compreensão do excepcional é imprescindível para aquele que pretende explicar o normal:

A filosofia da vida concreta não pode subtrair-se à exceção e ao caso extremo, mas deve interessar-se ao máximo por ele. Para ela, a exceção pode ser mais importante do que a regra, não por causa da ironia romântica do paradoxo, mas porque deve ser encarada com toda a seriedade de uma visão mais profunda do que as generalizações das repetições medíocres. A exceção é mais interessante do que o caso normal. O normal não prova nada, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra, mas a própria regra só vive da exceção. Na exceção, a força da vida real rompe a crosta de uma mecânica cristalizada na repetição.⁸⁰

⁷⁷ SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996, p.90.

⁷⁸ Ibidem, p.117.

⁷⁹ KELSEN, Hans apud SCHMITT, Carl, idem, p.99.

⁸⁰ Idem, p.94.

Schmitt argumenta que o positivismo jurídico é um modo de pensamento que se amolda apenas às situações de normalidade, em que os juristas, muitas vezes apoiados em codificações recentes, patrocinadas por Estados legisladores⁸¹, sentem-se seguros para excluir de suas análises todo o material “metafísico” e “extrajurídico” e proclamar com esperança a “justiça da positividade”. As grandes qualidades do positivismo jurídico, é dizer, a objetividade, a segurança, a certeza e a calculabilidade tão proclamadas por seus defensores, não derivam, em verdade, do referido sistema, mas da situação normal de um Estado legislador.⁸²

De tudo o que foi dito, pode-se concluir que, na teoria de Schmitt, a marca característica da soberania se encontra na decisão sobre o estado de exceção, sendo impossível conceber como vinculado à lei aquele que tem o poder de decidir sobre sua própria vigência. A inclusão da decisão no direito, por sua vez, garante a vinculação do ordenamento jurídico com o poder soberano, exercido através do estado de exceção.

O ponto central da teoria schmittiana repousa na cisão entre a vigência formal e a eficácia da lei, que, no estado de exceção, apesar de permanecer em vigor, vigora através de sua própria suspensão, sem correlação com a realidade fática. Permite-se, de tal modo, a instituição de uma autoridade soberana, cuja atuação se baseia na concentração dos poderes de governo e não encontra qualquer restrição no ordenamento jurídico.

1.2 A leitura de Giorgio Agamben do estado de exceção schmittiano

Giorgio Agamben é um teórico italiano, nascido em Roma no ano de 1942. Formou-se em Direito em 1965 e, em seguida, nos anos de 1966 a 1968, foi discípulo de Heidegger. Dirigiu o *Collège International de Philosophie*, em Paris, entre 1986 e 1993. Lecionou nas universidades de Macerata e Verona, nos anos de 1988 a 2003, e ensinou Estética e Filosofia no Instituto Universitário de Arquitetura de Veneza, no período de 2003 a 2009. Atualmente, Agamben é responsável pela direção da coleção “Quarta prosa”, da editora Neri Pozza, na

⁸¹ O *Estado legislador* é definido por Schmitt, em contraposição ao *Estado dirigente ou administrativo* e ao *Estado jurisdicional*, como aquele que é “regido por normatizações de conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, gerais, bem como predeterminadas e, conseqüentemente, concebidas visando a uma duração permanente.” No *Estado legislador* “lei e aplicação da lei, legislador e aplicação da lei existem separados entre si”. Cf. SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.2.

⁸² SCHMITT, Carl. Sobre os três tipos de pensamento jurídico. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.158.

referida universidade de Veneza, e pela edição italiana da obra de Walter Benjamin, tendo renunciado ao magistério para se dedicar às atividades de pesquisa.⁸³

Convidado a lecionar na universidade de Nova Iorque, Agamben recusou o convite em virtude de sua decisão de não mais cruzar as fronteiras dos Estados Unidos em razão da política adotada pelo governo de George W. Bush após os acontecimentos do *11 de setembro*. Os dispositivos incluídos no ordenamento jurídico norte-americano para realizar a *Guerra ao Terror*, a exemplo dos que constam do *USA Patriot Act*, acabaram por tornar real o cenário antecipado por Agamben, de expansão da utilização da exceção e consequente incremento do controle da população.

A obra de Agamben é consideravelmente vasta, entrelaçando-se em seus escritos conceitos e reflexões próprios da filosofia, teologia, literatura, poesia, economia, política e ciência jurídica. Um dos eixos centrais de sua pesquisa atual é a análise do funcionamento do Direito nas democracias contemporâneas, questionando o autor como as maiores barbáries de nosso tempo puderam, e ainda podem, ocorrer ao abrigo do ordenamento jurídico, a exemplo da execução do *holocausto*, que se realizou a partir da (in)aplicação da Constituição de Weimar.

Apesar de Agamben não se preocupar em propor soluções, suas considerações teóricas são uma chave importante para a compreensão da realidade política atual, lançando luzes sobre questões como a da Prisão de Guantánamo, das zonas de retenção nos aeroportos internacionais, das zonas de proteção utilizadas em encontros internacionais, da ideia de combatente ilegal e de guerra preventiva e, ainda, do exercício da atividade legislativa pelo Executivo, mediante instrumentos como o da nossa Medida Provisória. A abordagem do autor decorre das filosofias críticas do fim do século XX, a exemplo das obras de Michel Foucault e Hannah Arendt, a partir das quais o autor desenvolve os seus estudos sobre o *homo sacer*, o estado de exceção e o campo.

As considerações de Agamben a respeito das práticas jurídico-políticas que caracterizam a modernidade ocidental são hoje uma das críticas mais poderosas ao discurso da democracia e dos direitos humanos. A generalização do uso das medidas de exceção, que, segundo o autor, se caracteriza como o paradigma de governo da época contemporânea, nos obriga a modificar a forma como entendemos os regimes democráticos atuais, cuja

⁸³ JUNGES, Márcia. Giorgio Agamben. Um filósofo para compreender o nosso tempo. In: *Cadernos IHU em formação*, São Leopoldo, ano 9, n.45, 2013, p.5.

semelhança com os antigos regimes absolutistas se acentua na medida em que as hipóteses de suspensão do direito vão ocupando o lugar anteriormente conferido à normalidade.

A partir de uma leitura crítica da doutrina schmittiana do estado de exceção, Agamben questiona o lugar paradoxal que é conferido à decisão soberana, que, ao mesmo tempo em que está fora do ordenamento jurídico, pertence a ele. Em sua visão, a suspensão da ordem jurídica somente pode ser decretada de seu exterior, caracterizando-se como verdadeira aberração jurídica o ato de suspensão do direito fundado no próprio direito cuja suspensão é determinada.

Nesse sentido, Agamben vai afastar a ditadura como paradigma do estado de exceção em favor do *iustitium*, instituto que aproveita da tradição jurídica romana. O estado de exceção, na perspectiva adotada pelo autor, não diz respeito à formação de uma unidade política capaz de exercer o poder de forma unilateral e imediata, mas da criação de um espaço anômico em que a atuação sem limites da autoridade pública decorre antes da paralisação das leis que tolhiam suas ações, que permanecem desativadas, também, em relação aos cidadãos em geral. O estado de exceção, portanto, não se encontra nem fora nem dentro do ordenamento jurídico, dizendo respeito a uma zona em que fato e direito se interpenetram e se confundem.

Agamben recorre à figura do *homo sacer*, também retirada do direito romano, para explicar a forma de inserção do homem nesse Estado caracterizado pela normalização da exceção e pela consequente retirada da eficácia dos direitos fundamentais. Trata-se de um indivíduo destituído de todo direito, ao qual a lei se aplica através de sua própria suspensão, despida de todo o conteúdo; um homem cuja *vida nua* é constantemente ameaçada pela vontade ilimitada de uma autoridade soberana.

Esta relação que prevalece nas democracias atuais, segundo Agamben, é uma relação de *bando*, na qual vivemos expostos a um poder soberano que é capaz de, a qualquer momento, por meio da exceção, transformar em *homines sacri* a todos e a qualquer um, deixando transparecer em toda a sua crueza a relação direta que mantém com a *vida nua*. A fundação da cidade não determina a saída definitiva do estado de natureza, que sobrevive no âmago da normatividade através da figura ambígua do soberano, na qual violência e lei permanecem indistinguíveis.

A realidade dos Estados contemporâneos encontra-se marcada pela instituição de um estado permanente de legalidade extraordinária, derivado do progressivo desligamento entre

estado de exceção e emergência militar, que é substituída pela emergência econômica como fundamento para a relativização dos imperativos da ordem constitucional formalmente em vigor. O estado de exceção que, em sua origem, se encontrava ligado à situação de guerra externa, passa a se caracterizar como mecanismo de controle de desordens e revoltas populares para, no estágio atual de desenvolvimento da democracia ocidental, se transformar na forma de governo característica de um Estado que legitima o exercício de poderes ilimitados através da constante invocação de um cenário de crise.

1.2.1 O paradoxo jurídico do estado de exceção

Agamben dedica grande parte de seu *Estado de Exceção* à crítica da tentativa schmittiana de vincular o estado de exceção ao direito. O autor afirma que Schmitt estava ciente do caráter problemático de tal vinculação, reconhecendo este que, enquanto realiza “a suspensão de toda a ordem jurídica”, o estado de exceção parece “escapar a qualquer consideração de direito” e que, mesmo “em sua consistência factual e, portanto, em sua substância íntima, não pode aceder à forma de direito”.⁸⁴

A inscrição do estado de exceção na ordem jurídica é realizada, na obra de Schmitt, pelo estabelecimento, no corpo do direito, de “uma série de cesuras e divisões cujos termos são irreduzíveis um ao outro, mas que, pela sua articulação e oposição, permitem que a máquina do direito funcione.”⁸⁵ Conforme visto nos tópicos precedentes, os termos irreduzíveis que permitem a articulação da exceção com o direito são *norma de direito* e *norma de realização do direito*, em se tratando da ditadura comissária, *poder constituído* e *poder constituinte*, na ditadura soberana e, por fim, *norma* e *decisão*, na teoria da soberania da *Teologia Política*.

Em Schmitt, portanto, o estado de exceção permanece vinculado à ordem jurídica, funcionando como mecanismo capaz de efetivar a suspensão do direito com a finalidade de garantir a vigência do próprio direito. Trata-se, assim, o estado de exceção schmittiano, do “lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade”, onde “o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa”.⁸⁶

⁸⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.54.

⁸⁵ Ibidem, p.57.

⁸⁶ Idem, p.58.

A separação entre a norma e a aplicação concreta suscita a problemática inerente ao conceito de “força de lei”, que, no direito romano e medieval, indicava a capacidade de obrigar decorrente do ato legal. Na doutrina moderna, porém, a *eficácia* da lei, que consiste na referida aptidão do ato legislativo válido para produzir efeitos jurídicos, é diferenciada da *força de lei*, que passa a se referir à posição hierárquica da lei (e de outros atos a ela equiparados) em relação às demais espécies normativas que compõem o ordenamento jurídico.⁸⁷

A expressão *força de lei* diz respeito, portanto, à qualificação de atos normativos que não podem ser considerados lei do ponto de vista formal, mas que, nada obstante, têm a si atribuída a eficácia própria da lei. Trata-se, assim, de “uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua ‘força’”.⁸⁸

A Medida Provisória presente em nossa Constituição é exemplo de desvinculação entre *força de lei* e *forma de lei*.⁸⁹ A confusão entre os Poderes Legislativo e Executivo que tal mecanismo promove é uma das características próprias do estado de exceção, característica essa que atingiu o paroxismo no regime nazista, no qual, “como Eichmann não cansava de repetir, ‘as palavras do Führer têm força-de-lei’”.⁹⁰

O efeito específico do estado de exceção, porém, segundo Agamben, não reside nessa confusão entre os Poderes, mas no isolamento mesmo da força de lei, que permite a vigência da lei sem eficácia e a concessão de eficácia de lei a atos não legais. Na medida em que, no estado de exceção, a forma de lei deixa de ser requisito da força de lei, esta pode ser reivindicada por quem quer que seja, através da atribuição, a atos de qualquer natureza, da eficácia própria da lei. Nas palavras de Agamben:

No caso extremo, pois, a “força-de-lei” flutua como um elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita força-de-lei). Tal “força-de-lei”, em que potência e ato estão separados de modo radical, é certamente algo

⁸⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.60.

⁸⁸ Ibidem, p.60.

⁸⁹ Art. 62 da Constituição de 1988: “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.”

⁹⁰ Idem, p.60.

como um elemento místico, ou melhor, uma *fictio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia..⁹¹

O estado de exceção de Agamben, portanto, não coincide com a atribuição extraordinária de plenos poderes a um ditador, como ocorre em Schmitt, caracterizando-se, antes, como a criação de um espaço anômico em que a autoridade pública se dissolve ao ponto de seus atos se equipararem aos atos do homem comum. Nesse sentido, o estado de exceção seria comparável não à ditadura romana, mas à figura do *iustitium*:

O termo *iustitium* – construído exatamente como *solstitium* – significa literalmente “interrupção, suspensão do direito”: *quando ius stat* – explicam etimologicamente os gramáticos – *sicut solstitium dicitur* (*iustitium* se diz quando o direito para, como [o sol no] solstício); ou, no dizer de Aulo Gélcio, *iuris quase interstitio quadam et cessatio* (quase um intervalo e uma espécie de cessação do direito). Implicava, pois, uma suspensão não apenas da administração da justiça, mas do direito enquanto tal. É o sentido desse paradoxal instituto jurídico, que se deve examinar aqui, tanto do ponto de vista da sistemática do direito público quanto do ponto de vista filosófico-político.⁹²

Durante o *iustitium*, a suspensão do ordenamento jurídico romano fazia com que o poder permanecesse em absoluta difusão, de maneira distinta, pois, do que ocorria na ditadura, quando prevalecia a acumulação de poderes na figura do ditador. Nesse sentido, a atuação sem limites dos magistrados no período do *iustitium* não decorria de uma outorga especial de poderes, mas da paralisação das leis que tolhiam suas ações, as quais permaneciam desativadas, também, em relação a todos os demais cidadãos.

Nas palavras de Agamben, o estado de exceção se caracteriza por “um vazio e uma interrupção do direito”, definindo a expressão *plenos poderes* apenas “uma das possíveis modalidades de ação do poder executivo durante o estado de exceção”, não coincidindo com ele.⁹³ Nessa zona de anomia, todos são iguais e igualmente livres para agir segundo suas próprias convicções e conveniências, não se submetendo os atos praticados em tal circunstância a qualquer qualificação jurídica; público e privado se misturam e o Estado se dissolve.

A ação praticada no vazio normativo do *iustitium* é insuscetível de qualificação jurídica, é mero fato que “não executa nem transgride, mas *inexecuta* o direito”. A definição

⁹¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.60-61.

⁹² Ibidem, p.68.

⁹³ Idem, p. 75.

da natureza de tais atos, se “executiva, transgressiva e, no limite, humana, bestial ou divina, está fora do âmbito do direito”.⁹⁴

Agamben ressalta o caráter aporético da articulação schmittiana da ordem jurídica com esse espaço anômico que caracteriza o estado de exceção, ao passo em que consiste na inscrição, no corpo do direito, de algo que lhe é essencialmente exterior.⁹⁵ Com efeito, a lei não pode, ela mesma, determinar sua suspensão; esta, logicamente, deve ser decretada a partir do exterior da ordem jurídica.

O soberano, na condição daquele que detém o poder de decidir sobre a exceção, encontra-se, necessariamente, fora da ordem jurídica, mas, ainda assim, no paradoxo proposto por Schmitt, pertence à ela. O ponto de contato do soberano com o direito é exatamente o poder que detém de suspender o próprio direito, colocando-se fora dele. A soberania consiste, portanto, no poder legal de decidir sobre a suspensão da própria lei, de praticar um ato jurídico capaz de retirar a eficácia de todo o direito.

O ato de soberania aparece, portanto, como uma aberração jurídica, na medida em que, ao mesmo tempo em que está além da ordem jurídica, sendo capaz de suspendê-la, se apresenta como um poder que pertence a essa mesma ordem jurídica.⁹⁶ Nesse sentido, o ato legal que suspende a lei está, simultaneamente, dentro e fora da lei; é praticado segundo a lei, suspendendo-a de seu exterior. As medidas de exceção, no dizer de Agamben, são “medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito” e o estado de exceção se apresenta como “a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”.⁹⁷

Na visão de Agamben, a oposição entre interior e exterior ao direito é insuficiente para explicar o estado de exceção: este não está nem dentro nem fora do ordenamento jurídico, definindo-se como uma zona de indiferença em que interno e externo não se excluem, mas se indeterminam.⁹⁸

⁹⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.78.

⁹⁵ Ibidem, p. 54.

⁹⁶ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. In: XI SIMPÓSIO INTERNACIONAL IHU: O (DES)GOVERNO BIOPOLÍTICO DA VIDA HUMANA, 11, 2010, São Leopoldo-RS. *Anais ...* São Leopoldo Instituto Humanitas Unisinos, 2010, p. 244-274, p.251.

⁹⁷ AGAMBEN, Giorgio, op.cit., p.11-12.

⁹⁸ Ibidem, p.39.

1.2.2 O estado de exceção e a revelação da vida nua

Homo sacer era, no direito romano, o indivíduo que, por meio da fórmula da *sacratio*, era expulso tanto do direito humano, quanto do direito divino. A característica fundamental da figura do *homo sacer*, fruto dessa dupla exclusão, é a impunidade de sua morte e, ao mesmo tempo, a impossibilidade de seu sacrifício.

Agamben ressalta que, diferentemente do que ocorria na *consecratio*, quando a vítima consagrada passava do âmbito profano para o sagrado, o *homo sacer* era expulso da jurisdição humana sem adentrar a divina. A violência contra o *homo sacer*, portanto, além de não se caracterizar nem como ilícito, nem como a execução de uma pena, sendo um fato indiferente do ponto de vista jurídico, não se considerava sacrilégio, como ocorria com as *res sacrae*, posto que excluída, também, da esfera do *ius divinum*.⁹⁹

A relação do *homo sacer* com a ordem jurídica, porém, não é de mera exclusão: a lei se aplica a ele através de sua própria suspensão, em seu momento de máxima ineficácia. A vida do *homo sacer* é incluída no ordenamento jurídico como *vida nua*, despida de todo direito.¹⁰⁰

Agamben utiliza a figura do *bando* para caracterizar a inscrição do *homo sacer* na cidade. O *bando* é uma forma de relação vazia, “é a pura forma do referir-se a alguma coisa em geral, isto é, a simples colocação de uma relação com o irrelato”.¹⁰¹ O que é posto em *bando* “é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluído, dispensado e, simultaneamente, capturado”.¹⁰²

No *bando*, a lei aplica-se desaplicando-se. Vigora como pura forma de lei, despida de conteúdo e significado, como puro nada, portanto. A lei não está ausente, mas se apresenta na forma de sua própria inexecutabilidade: aquele que é capturado no *bando* não é expulso da lei, mas é abandonado por ela, ou seja, “exposto e colocado em risco no limiar em que a vida e direito, externo e interno, se confundem”.¹⁰³

Na relação de *bando* fica clara a simetria do *homo sacer* com o soberano, estando ambos posicionados nos extremos opostos do ordenamento jurídico: o poder de suspender a

⁹⁹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.89-90.

¹⁰⁰ Ibidem, p.16.

¹⁰¹ Idem, p.36.

¹⁰² Idem, p.116.

¹⁰³ Idem, p.36.

lei faz com que, frente ao soberano, todos os homens sejam potencialmente *homines sacri* e o “*homo sacer* é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberano”.¹⁰⁴ A relação do *homo sacer* com o soberano, portanto, ocorre numa zona onde o direito parece não alcançar, ou que, melhor dizendo, alcança apenas através da suspensão de sua própria eficácia.

Para Agamben, a relação de *bando* é a que prevalece nas democracias de nosso tempo, nas quais vivemos expostos a um poder soberano que a qualquer momento pode transformar qualquer um em *homo sacer*, estando sua força baseada na relação direta que mantém com a *vida nua*, revelada em toda a sua crueza no estado de exceção.¹⁰⁵ O autor afirma que a contribuição original da soberania é a “produção da *vida nua*”, exprimindo a “sacralidade da vida”, que o discurso dos direitos humanos pretende fazer valer contra o poder soberano, “justamente a sujeição [original] da vida a um poder de morte, a sua irreparável exposição na relação de abandono”.¹⁰⁶

Na exceção, o vínculo originário da *vida nua* com o poder soberano se revela, ficando clara a forma de inclusão da vida na cidade através da sujeição a um poder incondicionado. A figura do *homo sacer* representa, nesse sentido, a condição em que vivemos no Ocidente, demonstrando-nos “a figura originária da vida presa no *bando* soberano” e conservando “a memória da exclusão originária através da qual se constitui a dimensão política”.¹⁰⁷

A vida exposta à morte como elemento político originário encontra-se já em Roma na fórmula *vitae necisque potestas*, que designava o poder absoluto e incondicional dos pais de tirar a vida dos filhos homens. Agamben ressalta que tal poder não se concebia nem como a sanção de uma culpa nem como expressão do poder do patriarca enquanto chefe da *domus*, não se confundindo com o poder de morte que competia ao marido ou ao pai sobre a mulher ou a filha flagrada em adultério e, ainda menos, com o poder do senhor sobre seus servos.¹⁰⁸

Todo cidadão romano livre era *homo sacer* frente a seu pai. Essa relação, que investia o homem logo ao nascer, definia o modelo do poder político romano, restando claro seu fundamento primeiro em “uma vida absolutamente matável”.¹⁰⁹ A participação na vida política de Roma, portanto, tinha como contrapartida a sujeição a um incondicional poder de

¹⁰⁴ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.92.

¹⁰⁵ Ibidem, p.117

¹⁰⁶ Idem, p.91.

¹⁰⁷ Idem, p.91.

¹⁰⁸ Idem, p.95-96.

¹⁰⁹ Idem, p.96.

morte, como se “a vida pudesse entrar na cidade somente na dupla exceção da matabilidade e da insacriticabilidade”.¹¹⁰

O poder referente à *vitae necisque potestas* era considerado um ofício público, atuando o pai em nome da soberania do povo romano. Nesse sentido, o *imperium* do magistrado “nada mais é que a *vitae necisque potestas* do pai estendida em relação a todos os cidadãos.”¹¹¹ A *vitae necisque potestas* demonstra a indistinção entre público e privado na cidade romana, representando a *vida nua* o limiar em que ambas se comunicam e se confundem.¹¹²

Nesse sentido, o que Agamben propõe é que se realize uma releitura do mito de criação de nossa sociedade, defendendo a necessidade de modificarmos a maneira como concebemos a política, de forma a substituir os conceitos de direitos dos cidadãos, livre-arbítrio e contrato social pelo de *vida nua*, o único que, do ponto de vista da soberania, tem autêntica relevância política.¹¹³

Retornando a Hobbes, Agamben argumenta que a fundação do Estado depende menos da cessão livre de direitos pelos súditos do que da conservação, pelo soberano, de seu direito natural de fazer qualquer coisa em relação a qualquer um, direito esse que então se apresenta como poder de punir. Tal poder não é cedido ao soberano pelos súditos; estes apenas abandonam os próprios direitos, permitindo que aquele utilize a violência da forma como melhor lhe parecer.¹¹⁴

Permanecendo, portanto, na posse de seu *ius contra omnes*, o soberano se mantém em estado de natureza, representando “um limiar de indiferença entre natureza e cultura, entre violência e lei, e esta própria indistinção constitui a específica violência soberana”.¹¹⁵ O estado de natureza, na doutrina hobbesiana, não deve ser considerado uma época real, cronologicamente anterior à fundação da cidade, mas um princípio interno ao *nómos*, que se revela no momento em que o Estado se encontra dissolvido: trata-se, na verdade, do “núcleo mais íntimo do sistema político, do qual este vive no mesmo sentido em que, segundo Schmitt, a regra vive da exceção”.¹¹⁶

¹¹⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.98.

¹¹¹ Ibidem, p.96.

¹¹² Idem, p.98.

¹¹³ Idem, p.113.

¹¹⁴ Idem, p.113.

¹¹⁵ Idem, p.41-42.

¹¹⁶ Idem, p.42.

A fundação da cidade, nesse sentido, não ocorre de uma vez por todas, num dado momento, mas opera continuamente na forma da decisão soberana. Através do estado de exceção, o estado de natureza sobrevive no âmago da normatividade, consistindo ambas nas “duas faces de um único processo topológico no qual (...) o que era pressuposto como externo (o estado de natureza) ressurgue agora no interior (como estado de exceção), e o poder soberano é justamente esta impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção, *phýsis* e *nómos*”.¹¹⁷

Essa zona de indiferença que caracteriza o estado de exceção remete-nos às figuras do homem-lobo (*wargus*) e do “sem paz” (*friedlos*) do direito germânico antigo, figuras análogas ao *homo sacer* no que diz respeito à impunidade de sua morte. Agamben se utiliza das mesmas para ilustrar a ambiguidade da relação de *bando*: o banido não é pura natureza, sem ligação com o direito e a cidade (lobo), mas também não participa da vida normal da cidade (homem). É, portanto, lobisomem, ou seja, “homem que se transforma em lobo e lobo que se transforma em homem”, ser que se encontra num “limiar de indiferença e de passagem entre o animal e o homem, a *phýsis* e o *nómos*, a exclusão e a inclusão (...) *nem homem nem fera*, que habita paradoxalmente ambos os mundos sem pertencer a nenhum”.¹¹⁸

No *homem lobo do homem* a que se refere Hobbes quando trata da fundação da soberania encontra-se o *wargus*, ou seja, não apenas “besta *fera* e vida natural, mas, sobretudo zona de indistinção entre humano e ferino”.¹¹⁹ No estado de exceção que funda a cidade, caracterizado pela guerra de todos contra todos, homem e lobo encontram-se indiscerníveis, dissolvidos um no outro, num espaço em que todos são, ao mesmo tempo, vida nua e soberano em relação aos demais.

A fundação da cidade não advém de um ato político originário, uma convenção que marca definitivamente a passagem do caos para a ordem estatal. O “relacionamento jurídico-político originário” não se caracteriza pela saída do estado de natureza em direção à civilização, mas por “uma bem mais complexa zona de indiscernibilidade entre *nómos* e *phýsis*, na qual o liame estatal tendo a forma do *bando*, é também desde sempre não-estatalidade e pseudonatureza, e a natureza apresenta-se desde sempre como *nómos* e estado de exceção.”¹²⁰

¹¹⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.43.

¹¹⁸ Ibidem, p.111-112.

¹¹⁹ Idem, p.112.

¹²⁰ Idem, p.115-116.

Agamben aponta para a eleição da vida biológica como o elemento político fundamental como a causa da perigosa proximidade entre democracia e totalitarismo que se observa na modernidade. Para o autor, a transição entre referidos regimes somente se processou com a facilidade e rapidez que se viu na Europa do século XX porque a política havia se transformado em biopolítica.¹²¹

O *Terceiro Reich* foi um estado de exceção que perdurou por doze anos, mantendo suspensão, com a autorização da Constituição de Weimar, a democracia parlamentar que a mesma instituíra. O totalitarismo moderno se caracteriza pela “instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”, o que parece ter sido o caso do elemento judeu no nazismo.¹²²

A tragédia do *holocausto*, portanto, deve ser reinserida no contexto do Estado moderno e compreendida como um evento que, apesar de sua singularidade, estava inscrito (e assim permanece) nas possibilidades de nossa racionalidade jurídico-política. Bauman ressalta como o *lager*¹²³ nazista era composto por elementos “banais”, já integrados em nosso cotidiano. Para o autor, todos os “ingredientes” do *Holocausto* foram “normais”, no sentido de “plenamente acompanhar tudo o que sabemos sobre nossa civilização, seu espírito condutor, sua visão imanente de mundo”.¹²⁴

O judeu, no regime nazista, é o caso típico de *vida nua*, cuja morte pelo poder soberano não vai além da matabilidade inerente à condição de judeu como tal.¹²⁵ O genocídio do judeu pelo nazismo não foi um ato desconectado da modernidade política: tudo como se passou como o funcionamento normal do poder soberano, e a vida dos judeus foi descartada como objeto sem valor¹²⁶.

¹²¹ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.127-128.

¹²² AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.13.

¹²³ Termo que designava os campos de concentração na Alemanha nazista.

¹²⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p.27.

¹²⁵ Ibidem, p.117.

¹²⁶ O substantivo *Ungeziefer*, utilizado pelos nazistas para designar os habitantes do campo de concentração, é o mesmo utilizado por Kafka para designar o ser em que se transformou o protagonista de *A metamorfose*. Modesto Carone, tradutor brasileiro da obra do referido autor, afirma que *Ungeziefer* “tem o sentido original pagão de ‘animal inadequado ou que não se presta ao sacrifício’, mas o conceito foi se estreitando e passou a designar animais nocivos, principalmente insetos, em oposição a animais domésticos...”. CARONE, Modesto. *Lição de Kafka*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.23.

1.2.3 A generalização do estado de exceção

A origem do estado de exceção se encontra vinculada à emergência militar, fato que justifica a utilização das expressões “estado de sítio” e “lei marcial” nas culturas jurídicas francesa e anglo-saxã. A história posterior do instituto, porém, e nisso reside uma das teses fundamentais de Agamben, é “a história de sua progressiva emancipação em relação à situação de guerra” e, em consequência, conforme já havia sido antecipado por Walter Benjamin, a generalização, na prática jurídica do Ocidente, da utilização da exceção como técnica de governo.¹²⁷

Na França, o *estado de sítio* surge a partir da distinção, posta no decreto de 8 de julho de 1791 da Assembleia Constituinte francesa, entre *état de paix*, *état de guerre* e *état de siège*. Enquanto no primeiro estágio, de normalidade, as autoridades civil e militar permanecem cada uma em sua esfera de atuação, no segundo e terceiro estágios a emergência militar faz com que a autoridade civil seja compelida a atuar conforme a autoridade militar e, no caso extremo, seja incorporada por esta última.¹²⁸

No decreto napoleônico de 24 de dezembro de 1811 surge o termo “estado de sítio fictício ou político”. O documento previa a possibilidade de declaração do estado de sítio pelo Imperador quando as circunstâncias fáticas recomendassem a concessão de mais força e ação à polícia militar, independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada pelas forças inimigas.¹²⁹

Na Constituição de 22 frimário do ano VIII (13 dezembro de 1799 no calendário gregoriano) foi incluída, pela primeira vez no direito francês, a ideia de uma suspensão da Constituição, sendo possível, assim, a declaração de uma cidade ou região como *hors la constitution*. Agamben afirma que, apesar de, na origem, caracterizar-se o estado de sítio pela extensão, no âmbito civil, dos poderes das autoridades militares, e caracterizar-se, por outro lado, a *suspensão da Constituição* como a suspensão das liberdades individuais, ambos os modelos “acabam, com o tempo, convergindo para um único fenômeno jurídico que chamamos estado de exceção”.¹³⁰

¹²⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.16.

¹²⁸ Ibidem, p.16.

¹²⁹ Idem, p.15-16.

¹³⁰ Idem, p.17.

Em sua *breve história do estado de exceção*¹³¹, Agamben assinala que a ampliação dos poderes do Executivo no período da Primeira Guerra Mundial, quando o estado de exceção foi utilizado na quase totalidade dos Estados envolvidos, não foi extinta após o fim do conflito. A emergência militar, que justificava a manutenção da exceção durante as hostilidades, foi substituída pela emergência econômica, que se tornou o mote para a substituição da democracia parlamentar prevista nas Constituições em vigor por um novo tipo de *democracia governamental*.¹³²

Agamben relata que, nos Estados Unidos, após a concentração de poderes no chefe do Poder Executivo realizada em decorrência das emergências militares advindas da Guerra de Secessão e da Primeira Guerra Mundial, a metáfora bélica tornou-se parte integrante do discurso político dos presidentes subsequentes sempre que pretenderam ter a si atribuídos poderes extraordinários.¹³³ Segundo o autor, o Presidente Roosevelt utilizou a referida linha de argumentação para que lhe fossem conferidos os poderes utilizados no combate à *Grande Depressão*, tendo se dirigido à nação nos seguintes termos:

Assumo sem hesitar o comando do grande exército de nosso povo para conduzir, com disciplina, o ataque aos nossos problemas comuns [...]. Estou preparado para recomendar, segundo meus deveres constitucionais, todas as medidas exigidas por uma nação ferida num mundo ferido [...]. Caso o Congresso não consiga adotar as medidas necessárias e caso a urgência nacional deva prolongar-se, não me furtarei à clara exigência dos deveres que me incumbem. Pedirei ao Congresso o único instrumento que me resta para enfrentar a crise: amplos poderes executivos para travar uma guerra contra a emergência [*to wage war against the emergency*], poderes tão amplos quanto os que me seriam atribuídos se fôssemos invadidos por um inimigo externo.¹³⁴

Percebe-se, no citado pronunciamento, realizado no ano de 1933, que o Presidente Roosevelt apresenta sua ação de combate à crise que ameaçava a economia norte-americana como a de um comandante durante uma campanha militar. A resposta do Congresso dos Estados Unidos foi a de conceder ao presidente “um poder ilimitado de regulamentação e de

¹³¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.24-38.

¹³² Comentando a obra de Agamben, Edgardo Castro afirma que o “estado de exceção independe progressivamente da ameaça bélica, que originalmente o justificava, desloca-se até as situações de emergência econômica e finalmente converte-se numa prática habitual”, sendo frequente nas democracias ocidentais que o Poder Legislativo se limite a ratificar os decretos (em nosso caso, as medidas provisórias), provenientes do Executivo. Cf. CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012, p.77.

¹³³ AGAMBEN, Giorgio, op. cit., p.36.

¹³⁴ ROOSEVELT, Franklin Delano apud AGAMBEN, Giorgio, ibidem, p.36-37.

controle sobre todos os aspectos da vida econômica do país”, autorizando, de tal maneira, a execução do conjunto de medidas reunidas sob a denominação de *New Deal*.¹³⁵

O Presidente George W. Bush, a seu turno, após o atentado de 11 de setembro, insistia em referir-se a si próprio como *Commander in chief of the army*, ciente da referência imediata, na cultura jurídica americana, de tal posto com o estado de exceção.¹³⁶ Definindo-se como o responsável maior pela defesa armada da nação, Bush pretendia criar as condições necessárias para o exercício de poderes extraordinários, como a prolação da *military order*.¹³⁷

O caso brasileiro é ilustrativo da utilização do mecanismo da exceção para o controle da emergência econômica. De fato, não fazendo parte de nossa agenda governamental a guerra e o terrorismo, o discurso político desenvolvido no Brasil tem invocado, em inúmeras oportunidades, como forma de relativizar os imperativos da ordem constitucional vigente, razões de natureza econômica¹³⁸. É interessante, a título de exemplo, a utilização da terminologia bélica pelo Presidente Lula no discurso proferido na abertura da 59ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, realizada em 21 de setembro de 2004, quando apresentou a desigualdade entre os países ricos e os países pobres, agravada pelo processo da globalização, como uma situação de guerra, afirmando ser necessário “agir como em uma guerra” para “deter a barbárie”, “enfrentar os agentes do ódio” e “lutar contra a pobreza no mundo”.¹³⁹

Verifica-se, portanto, que o estado de exceção que foi, em sua origem, estado de sítio, se transforma em estado de sítio fictício, liberando-se da situação de guerra externa para se caracterizar como medida de cunho policial, destinada ao controle de desordens e revoltas populares. Amplia-se, ainda mais, quando, num segundo movimento, se dissocia totalmente da guerra, seja externa, seja civil, para se transformar num instrumento inerente à governabilidade.

¹³⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.37.

¹³⁶ Ibidem, p.38.

¹³⁷ Emitida por G. W. Bush em novembro de 2001, a *military order* permite a *indefinite detention* dos cidadãos suspeitos de atividades terroristas. Edgardo Castro afirma não se tratar “nem de prisioneiros nem de acusados, mas de sujeitos submetidos a uma detenção indefinida tanto no tempo como em sua natureza”. Cf. CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012, p.77.

¹³⁸ Gilberto Bercovici aponta que os Estados periféricos vivem um estado de exceção econômico permanente, nos quais a “razão de mercado passa a ser a nova razão de Estado”. Cf. BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.11, p.95-99, fev.2006. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/pdfs_notitia/1642.pdf> Acesso em: 04 jun. 2012. p.96.

¹³⁹ PALUMBO, Renata. A metáfora da guerra nos discursos de Lula: um estudo sobre os processos referenciais e argumentativos. *Revista Intercâmbio*, São Paulo, v. XXI, p.78-97, 2010. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/intercambio/article/view/4451>> Acesso em: 04 jun. 2012. p.11.

Essa transformação do estado de exceção fez do século XX, na visão de Agamben, o palco de uma paradoxal “guerra civil legal”, patrocinada pela prevalência de um estado permanente de legalidade extraordinária.¹⁴⁰ O autor ressalta o caso já mencionado do Estado nazista, que se baseou na vigência, por doze anos, do *Decreto para a proteção do povo e do Estado*, através do qual Hitler suspendeu as liberdades individuais previstas na Constituição de Weimar, caracterizando-se, de fato, o *Terceiro Reich*, em toda a sua existência, como um estado de exceção.¹⁴¹

Para o autor italiano, a “criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos”.¹⁴² O prognóstico de Agamben é no sentido de que o estado de exceção venha a se tornar, cada vez mais, “o paradigma de governo dominante na política contemporânea”, transformando definitivamente a distinção entre os diferentes regimes de governo, na exata medida em que o estado de exceção se caracteriza como “um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”.¹⁴³

Na visão do autor, o princípio da separação dos poderes não mais funciona, em razão de ter o Poder Executivo absorvido grande parte das funções legiferantes, prevalecendo, nos dias de hoje, as normas regulamentares dele emanadas em detrimento das decisões adotadas no âmbito do Poder Legislativo. Este, em consequência, deixou de ostentar sua antiga condição de órgão soberano, limitando-se sua atuação, em boa medida, à ratificação de decretos do Executivo.¹⁴⁴

O estado de exceção, figura contraditória que, criada a partir da necessidade de proteger o Estado de Direito, mantém-no refém de uma vontade soberana que está sempre pronta a determinar a sua suspensão¹⁴⁵, vem, progressivamente, na visão de Agamben, rompendo seus limites originais e tendendo a coincidir com o ordenamento jurídico normal, fragilizando-se a proteção jurídica dos indivíduos e dando ensejo a um cenário em que “tudo se torna assim novamente possível”.¹⁴⁶

¹⁴⁰ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004, p.12.

¹⁴¹ Ibidem, p.12-13.

¹⁴² Idem, p.13.

¹⁴³ Idem, p.13.

¹⁴⁴ Idem, 2004, p.32.

¹⁴⁵ RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. In: XI SIMPÓSIO INTERNACIONAL IHU: O (DES)GOVERNO BIOPOLÍTICO DA VIDA HUMANA, 11, 2010, São Leopoldo-RS. *Anais ...* São Leopoldo Instituto Humanitas Unisinos, 2010, p.247.

¹⁴⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p.44.

Da análise das considerações de Agamben, percebe-se que o autor corrige a tese schmittiana da inclusão do estado de exceção e da soberania no ordenamento jurídico. A autoridade soberana, para Agamben, se encontra numa zona limítrofe em que fato e direito se interpenetram e se confundem, não se caracterizando o estado de exceção pela formação de uma unidade política capaz de exercer o poder de forma unilateral e imediata, mas pela criação de um espaço em que a eficácia da lei permanece desativada em relação a todos os indivíduos e a distinção entre jurídico e antijurídico desaparece.

O estado de exceção, ao contrário de garantir a vigência do ordenamento jurídico, ameaça tornar-se o paradigma de governo da época contemporânea, retirando a eficácia da Constituição e aproximando cada vez mais de seu oposto o conceito de democracia. O homem, nesse cenário, permanece abandonado a uma normatividade vazia, exposto a um poder soberano que a qualquer momento pode decretar o fim da normalidade e impor sobre ele sua vontade incondicionada.

CAPITULO II – A SUSPENSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS CONTRÁRIAS AO PODER PÚBLICO E A TENTATIVA DE RECONDUZIR A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA AO DIREITO

O cerne da questão analisada no presente trabalho diz respeito à configuração da suspensão de segurança como uma das medidas de exceção cuja generalização, segundo Agamben, caracteriza a realidade jurídico-política das democracias contemporâneas. Referidas medidas, conforme visto no capítulo precedente, tem seu funcionamento baseado na separação entre a vigência formal e a eficácia da lei, fazendo com que a regulamentação prevista de forma geral e abstrata no ordenamento jurídico seja objeto de aplicação prática seletiva.

Trata-se, portanto, de averiguar se, sob a justificativa de realização do interesse público, a suspensão de segurança se destina, na realidade, à resolução de problemas enfrentados pela Administração Pública brasileira através de meios não previstos no ordenamento jurídico. A ordem de suspensão de segurança, nesse sentido, teria como efeito fazer prevalecer uma determinação do Poder Público baseada na substituição dos critérios legais e constitucionais pelos critérios eleitos pela autoridade administrativa.

A suspensão de segurança se define como uma prerrogativa processual do Poder Público através da qual lhe é dado requerer, em caráter extraordinário, a sustação dos efeitos de decisões judiciais provisórias exaradas em seu desfavor. Existe relativo consenso, atualmente, no sentido de não se tratar a suspensão de segurança de mais um dos recursos previstos em nossa legislação processual, não se destinando o instituto à correção de erros *in procedendo* ou *in judicando* das decisões judiciais contrastadas, mas, apenas, à salvaguarda do interesse público materializado nos bens jurídicos ordem, saúde, segurança e economia públicas. É diante de tal quadro, em que se admite a possibilidade de suspensão de decisões judiciais independente de sua reforma ou invalidação, que se questiona a possibilidade de se conceituar a suspensão de segurança como instrumento de natureza política, capaz de funcionar através do mecanismo da exceção.

A dogmática pátria se mobiliza, em sua quase totalidade, em torno de três entendimentos acerca da natureza jurídica da suspensão de segurança, definindo-a como (i) medida cautelar, (ii) medida destinada a fazer prevalecer o interesse público sobre o privado e

(iii) medida político-administrativa. A primeira destas definições será objeto de análise do presente capítulo, as outras duas serão estudadas no capítulo seguinte.

Antes, porém, de adentrar a referida discussão, trata-se, na parte inicial do capítulo, da evolução histórica da legislação de regência da suspensão de segurança, desde sua *invenção*, pela Lei nº 191, de 1936, quando se destinava à sustação dos efeitos, exclusivamente, de decisões proferidas em mandado de segurança, tendo em vista as peculiaridades do sistema recursal da referida ação constitucional, até os dias de hoje, em que a regulamentação do instituto, prevista, em especial, no art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, e no art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009, admite sua invocação contra quaisquer decisões proferidas em desfavor do Poder Público.

A análise do desenvolvimento da normatização da suspensão de segurança contradiz a tese muitas vezes repetida da existência de uma ligação *genética* do instituto com o regime militar pós-64, demonstrando, ao contrário, que foi no regime constitucional vigente que o mesmo veio a alcançar os contornos mais amplos que hoje o caracterizam. Observa-se, nesse sentido, que a suspensão de segurança atravessou, sem grandes alterações, os regimes políticos que se sucederam na história do país, tendo servido tanto aos governos autoritários, quanto aos governos democráticos.

A segunda parte do presente capítulo cuida de uma questão sensível relacionada à eficácia prática da suspensão de segurança. Apesar de, em teoria, destinar-se a decisão positiva exarada no incidente a vigorar temporariamente, cessando seus efeitos quando do trânsito em julgado da decisão judicial contra a qual deferida, a prática demonstra que, em número considerável de casos, a eficácia da ordem de suspensão de segurança tende a se tornar definitiva.

De fato, não são raras as hipóteses em que o deferimento do pedido de suspensão de segurança permite a realização de intervenções (ou omissões) públicas cujos efeitos no mundo fático não são passíveis de reversão, tornando inviável a posterior implantação do comando judicial que deveria prevalecer ao final do processo. A título de exemplo, são colacionadas decisões de suspensão de segurança que autorizaram (i) a continuidade das obras de construção de usina hidrelétrica, (ii) a privatização de instituição financeira estatal e (iii) a negativa de concessão de medicamentos a pessoa doente, hipóteses nas quais restou sacrificada, em caráter definitivo, a aplicação dos comandos normativos destinados, em tese, a regular as espécies respectivas.

A terceira parte do presente capítulo tem como objeto a referida exclusão da suspensão de segurança da classe dos recursos processuais. Além da mencionada ausência do efeito devolutivo, que caracteriza a suspensão de segurança como instrumento predisposto à tutela de interesses do Poder Público e, não, à revisão do conteúdo das decisões judiciais exaradas em seu desfavor, analisa-se a inaplicabilidade ao incidente do regime jurídico aplicável aos recursos em geral.

Cuida-se, na parte final do capítulo, da tentativa realizada por parte de nossa doutrina de reconduzir a suspensão de segurança ao ordenamento jurídico, conferindo-lhe feições de medida cautelar. Para os defensores de tal entendimento, o deferimento da suspensão de segurança depende da demonstração da probabilidade de vir a ser reformada ou anulada a decisão judicial contra a qual aviado o incidente. Erige-se, portanto, como requisito para o deferimento da suspensão de segurança, além do *periculum in mora*, materializado no grave risco de dano aos referidos interesses públicos relacionados ao instituto, o *fumus boni iuris*, que diz respeito à mencionada probabilidade de êxito da pretensão recursal exercitada no processo de origem.

Tratar-se-ia, portanto, a suspensão de segurança, de medida de contracautela que não se baseia em razões políticas, mas em argumentação essencialmente jurídica. Tal posicionamento tem como pano de fundo a postulação de que se encontra na lei o critério para a definição do interesse público, sendo insuficiente para a sua caracterização a simples alegação de risco de dano à ordem, saúde, segurança e economia públicas sustentada pelas autoridades administrativas sem fundamento no ordenamento jurídico-constitucional.

A conceituação da suspensão de segurança como mero provimento cautelar tem como efeito retirar todo o caráter de excepcionalidade do instituto, reduzindo a presidência do tribunal a mais uma instância junto à qual o Poder Público pode requerer a sustação dos efeitos das determinações judiciais proferidas em seu desfavor, pleito este que já lhe é dado formular, assim como a todos os litigantes, perante o juízo natural para a apreciação do recurso interposto contra a mesma decisão. Cuida-se, ainda, de interpretação que vai de encontro à regulamentação legal do instituto, que estabelece a total desvinculação entre o julgamento do recurso e o julgamento da suspensão de segurança interpostos contra determinada decisão judicial.

2.1 Histórico da normatização legal da suspensão de segurança

A possibilidade de suspensão da execução de decisões judiciais contrárias ao Poder Público tem sua origem vinculada à introdução, em nosso direito, da ação de mandado de segurança, que constou do art. 113, n. 33, da Constituição de 1934.¹⁴⁷ A Lei nº 191, de 1936, que primeiro regulamentou o mandado de segurança, estabeleceu, em seu art. 13, a suspensão de segurança como instrumento destinado a suspender as decisões proferidas especificamente nas ações da espécie. Este o teor do dispositivo legal referido:

Art. 13. Nos casos do art. 8º, § 9º, e art. 10, poderá o Presidente da Côrte Suprema, quando se tratar de decisão da Justiça Federal, ou da Côrte de Appellação, quando se tratar de decisão da justiça local, a requerimento do representante da pessoa jurídica de direito publico interno interessada, para evitar lesão grave á ordem, á saude ou á segurança publica, manter a execução do acto impugnado até ao julgamento do feito, em primeira ou em segunda instancias.¹⁴⁸

A previsão da suspensão de segurança se justificava, no projeto de lei apresentado pelo Senador Alcântara Machado, pelo fato de não ser dotado de efeito suspensivo o recurso interposto contra as decisões proferidas nas ações de mandado de segurança. No texto da proposta original, constava, no mesmo parágrafo 3º do art. 5º, que “não terá efeito suspensivo o recurso da decisão que conceder o mandado” e que se “o cumprimento imediato acarretar dano irreparável à ordem ou à saúde pública ou à segurança nacional, o presidente do Tribunal *ad quem* poderá suspender, a requerimento da autoridade, a execução do mandado até a decisão do recurso”.¹⁴⁹

A intenção do *projeto Alcântara Machado* era, portanto, vincular a suspensão de segurança ao recurso interposto pelo ente público interessado na causa, destinando-a à finalidade de atribuir-lhe efeito suspensivo. Na redação definitiva do citado art. 13 da Lei nº 191, de 1936, porém, a suspensão de segurança tornou-se independente do recurso fazendário, conforme permanece até os dias de hoje, em razão da substituição, determinada no curso do

¹⁴⁷ A previsão do mandado de segurança na Constituição de 1934 pôs fim às discussões acerca da utilização do *habeas corpus* e, até mesmo, de ações possessórias, para a tutela de direitos civis não incluídos entre os direitos de locomoção. Cf. ANDRADE, ÉRICO. *O Mandado de segurança: A Busca da Verdadeira Especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.364.

¹⁴⁸ Os referidos art. 8º, parágrafo 9º, e art. 10 tratavam, respectivamente, das hipóteses de deferimento de medida liminar e de sentença de concessão do mandado de segurança.

¹⁴⁹ NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.304.

processo legislativo, da expressão “até a decisão do recurso” pela expressão “até o julgamento do feito”. Esta a justificativa apresentada à época pelo Deputado Levi Carneiro, responsável pelo dispositivo legal em tratamento:

O dispositivo do projeto, que acabamos de transcrever, encerra uma inovação interessante, que se pode tornar muito valiosa. Acha-se, porém, mal colocado no artigo que regula o processo do recurso – por isso mesmo que nem só neste caso se deve admitir a suspensão da execução do mandado. Máxime, se se adotasse, como fez o substitutivo no § 6º do art. 4º, já apreciado, à regra de ter sempre efeito suspensivo do ato impugnado o simples despacho inicial do pedido de mandado de segurança.

Admito que o juiz suspenda, desde logo, os efeitos do ato impugnado, quando circunstâncias especiais justifiquem tão melindrosa determinação. Por isso mesmo, estabeleço que, não só no caso do recurso, que não tem efeito suspensivo – mas também nessa outra hipótese, caiba a representação tendente a excluir a suspensão imediata do ato. O dispositivo, assim completado, constituirá artigo separado.¹⁵⁰

O mandado de segurança não constou do texto da Constituição de 1937, período em que a sobrevivência do instrumento foi garantida, de maneira mitigada, pelo art. 16 do Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro de 1937, que manteve em vigor a Lei nº 191, de 1936, e, em consequência, a referida normatização da suspensão de segurança.¹⁵¹

O Código de Processo Civil de 1939, revogando a Lei nº 191, de 1936, passou a concentrar a regulamentação do mandado de segurança, cuidando, em seu art. 328, do instituto da suspensão de segurança, nos seguintes termos:

Art. 328. A requerimento do representante da pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar lesão grave à ordem, à saúde ou à segurança pública, poderá o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Apelação, conforme a competência, autorizar a execução do ato impugnado.

Apesar de o dispositivo legal ter deixado de prever o prazo de duração da suspensão de segurança, o entendimento sobre a questão permaneceu inalterado, prevalecendo a tese de que a sustação dos efeitos da decisão impugnada perduraria até o julgamento definitivo do processo na instância perante a qual ajuizado, ou seja, até a prolação da sentença ou do

¹⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.71.

¹⁵¹ Art. 16 do Decreto-Lei nº 6, de 1937: “Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da lei n. 191 de 16 de janeiro de 1936, exceto a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.”

acórdão, em se tratando, neste último caso, de mandado de segurança de competência originária de tribunal.¹⁵²

A regulamentação do mandado de segurança pelo CPC de 1939 permaneceu em vigor durante toda a vigência da Constituição de 1937, tendo sido revogada pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, editada sob a égide da Constituição de 1946, que devolveu ao mandado de segurança o seu *status* constitucional. A previsão da suspensão de segurança foi deixada a cargo do art. 13 do referido diploma legal, com a peculiaridade de que as hipóteses de deferimento da medida (grave lesão à ordem, à saúde ou à segurança pública) deixaram de constar do texto do dispositivo:

Art. 13. - Quando o mandado fôr concedido e o presidente do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Federal de Recursos ou do Tribunal de Justiça ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, dêse seu ato caberá agravo de petição para o Tribunal a que presida.

Já se apontou que o suposto “esquecimento” do legislador parece ter sido proposital, de modo a permitir que os motivos capazes de justificar a suspensão de segurança ficassem a critério dos presidentes dos tribunais.¹⁵³ Nesse sentido, é de se registrar a crítica de Themistocles Brandão Cavalcanti à redação do art. 328 do CPC de 1939 que, em sua visão, encerrava “o arbítrio do Juiz dentro de limites excessivamente estreitos”, ao passo em que “não só a saúde, a ordem e a segurança exigem medidas de exceção”, sendo apenas as condições peculiares a cada caso concreto capazes de justificar o uso da suspensão de segurança.¹⁵⁴ Na opinião do autor, “nenhum critério ou limitação preestabelecida é prudente”, sendo elogiável a escolha do legislador do art. 13 da Lei nº 1.533, de 1951 na medida em que “não impõe nenhuma condição para a suspensão da execução da medida já concedida”, deixando ao “justo arbítrio” do presidente do tribunal o julgamento da conveniência ou não da medida.¹⁵⁵

O art. 13 da Lei nº 1.533, de 1951, trouxe, pela primeira vez, a previsão do recurso de agravo, para o órgão pleno do tribunal, da decisão adotada por seu presidente, regra que permanece ainda contemplada em nossa legislação. Outra peculiaridade da redação do art. 13

¹⁵² RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.71.

¹⁵³ Ibidem, p.72.

¹⁵⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966, p.152.

¹⁵⁵ Ibidem, p.152-154.

da Lei nº 1.553, de 1951, consiste na previsão da suspensão da execução apenas da “sentença”, modificação da qual não decorreu qualquer efeito prático, ao passo que a jurisprudência permaneceu admitindo sua utilização também quanto às decisões liminares.¹⁵⁶

Ainda na vigência da Lei nº 1.533, de 1951, o uso do mandado de segurança teve seu escopo restringido por uma série de normas processuais constantes da Lei nº 2.770, de 4 de maio de 1956¹⁵⁷, da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964¹⁵⁸, e da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966¹⁵⁹, patrocinadas, pela ditadura militar e por um Estado que se sentia “fragilizado com o uso demasiado” do procedimento.¹⁶⁰ O art. 13 da Lei nº 1.533, de 1951, foi revogado pelo art. 4º da mencionada Lei nº 4.348, de 1964, que passou a dispor sobre a suspensão de segurança nos seguintes termos:

Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (VETADO) suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo no prazo de (10) dez dias, contados da publicação do ato.

Como se vê, os “interesses públicos” capazes de ensejar a suspensão de segurança voltaram a constar expressamente do corpo da legislação, com o acréscimo, ao rol que constou da Lei nº 191, de 1936, e do CPC de 1939, da grave lesão à *economia pública*. O art. 4º da mencionada Lei nº 4.348, de 1964, fez retornar ao ordenamento legal, ainda, a expressa menção à possibilidade de suspensão da execução das medidas liminares.

¹⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.72.

¹⁵⁷ A Lei nº 2.770, de 1956, suprimia a possibilidade de concessão de liminares nas ações ajuizadas com a finalidade de liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira, bem como sujeitava a execução provisória das decisões proferidas nas ações do gênero à prestação de garantia por parte do requerente.

¹⁵⁸ A Lei nº 4.348, de 1964, determinava a proibição da concessão de liminares em mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens, bem como restringia as decisões proferidas nas ações do gênero ao respectivo trânsito em julgado. Conferia efeito suspensivo aos recursos interpostos contra as decisões concessivas de mandado de segurança que importassem outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional. Limitava, ainda, a eficácia da liminar deferida em mandado de segurança ao período de noventa dias, prorrogável por mais trinta.

¹⁵⁹ A Lei nº 5.021, de 1966, limitava o pagamento de valores a servidores públicos às prestações vencidas após o ajuizamento do mandado de segurança e impedia a concessão de medida liminar para determinar o pagamento de valores a servidores públicos.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p.73.

A partir do advento da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que, por meio de seu art. 12, parágrafo 1º,¹⁶¹ estendeu a aplicação da suspensão de segurança às decisões proferidas em ação civil pública, as hipóteses de cabimento da suspensão de segurança foram progressivamente se alargando, afastando-se o instituto de sua origem vinculada ao mandado de segurança. A suspensão de segurança constou, também, do art. 25 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990¹⁶², que trata das hipóteses de cabimento do incidente perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, e do art. 16 da Lei do *Habeas Data* (Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997).¹⁶³

A definitiva generalização da suspensão de segurança se deu com a Lei nº 8.437, de 1992, editada pelo Congresso Nacional com o objetivo de restringir as denominadas *liminares satisfativas*, determinando, entre outras providências, em seu art. 1º, parágrafo 3º, a proibição da concessão de “medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”. O art. 4º do referido diploma legal prevê a aplicação da suspensão de segurança às decisões proferidas em ação cautelar, ação popular, ação civil pública e, por força do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997¹⁶⁴, às decisões de antecipação de tutela. Veja-se a redação original do referido art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

¹⁶¹ Art. 12, parágrafo 1º, da Lei nº 7.347, de 1985: “A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.”

¹⁶² Art. 25 da Lei nº 8.038, de 1990: “Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.”

¹⁶³ Art. 16 da Lei nº 9.507, de 1997: “Quando o habeas data for concedido e o Presidente do Tribunal ao qual competir o conhecimento do recurso ordenar ao juiz a suspensão da execução da sentença, desse seu ato caberá agravo para o Tribunal a que presida.”

¹⁶⁴ Art. 1º da Lei nº 9.494, de 1997: “Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

§ 2º O presidente do tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em cinco dias.

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias.

A partir de então, a suspensão de segurança passou a ser aplicável a qualquer decisão judicial não transitada em julgado proferida contra o Poder Público, como ocorre até os dias de hoje. Na prática, a mecânica do instituto permaneceu bastante similar no que diz respeito à aplicação às decisões proferidas em mandado de segurança e à aplicação às decisões proferidas em ações submetidas a procedimentos diversos, ao passo em que a maior parte da jurisprudência simplesmente ignorou o tratamento diferenciado outorgado pela lei às duas espécies de suspensão de segurança.¹⁶⁵

A inclusão da hipótese de suspensão de segurança por “flagrante ilegitimidade” no *caput* do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, não teve impacto significativo no funcionamento do incidente, tendo se mantido a ênfase do instituto na necessidade de “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. A inovação foi objeto de severas críticas da doutrina, que condenava o desvirtuamento da suspensão de segurança decorrente da inclusão de questão de mérito em seu objeto, conferindo-lhe caráter devolutivo, próprio das espécies recursais.¹⁶⁶

A emancipação em relação ao mandado de segurança sepultou definitivamente a ligação da suspensão de segurança com a sistemática recursal aplicável ao referido procedimento. A razão para a existência do instituto encontrada por parte da doutrina na ausência de atribuição de efeito suspensivo aos recursos interpostos contra as decisões proferidas em sede de mandado de segurança deixou de ter qualquer sentido.¹⁶⁷ Ultrapassou-

¹⁶⁵ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.42.

¹⁶⁶ Nesse sentido ver: RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.79. SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.21-22. VENTURI, Elton, op. cit., p.128-130. Interessante notar que, enquanto referidos autores entendem a “flagrante ilegitimidade” do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, como ausência de legitimidade *ad causam*, uma das condições da ação, há quem identifique a *legitimidade* com o interesse público, caracterizando-a como o sentido de utilidade da norma, como a correspondência entre o comando contido na norma e o consenso social, em contraposição à “pura legalidade”, que não representaria mais do que o critério objetivo extraído da lei. Cf. GUTIÉRREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.38-40.

¹⁶⁷ Eduardo Talamini vincula a origem da suspensão de segurança à ausência de efeito suspensivo que caracterizava a sistemática recursal do mandado de segurança. Cf. TALAMINI, Eduardo. Nota sobre a Atual Natureza Jurídica da Suspensão de Decisões Contrárias ao “Poder Público”, à Luz do seu Regime de Eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.67, out.2008, p.43-53. Ana Luísa Celino Coutinho, em obra publicada no ano de 2000, ainda vinculava a suspensão de segurança a “uma característica peculiar do

se, da mesma forma, a ideia de que a suspensão de segurança poderia encontrar justificativa no não cabimento de recurso de agravo de instrumento contra as decisões concessivas de liminar em mandado de segurança.¹⁶⁸

O escopo da suspensão de segurança foi ainda mais uma vez ampliado, desta vez, pela Presidência da República, que intentava controlar as decisões judiciais contra a política de privatizações que então realizava com base na Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. O art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, foi alvo de sucessivas modificações pela Medida Provisória nº 1.984¹⁶⁹, editada inicialmente em 10 de dezembro de 1999, cujo conteúdo foi posteriormente incluído na Medida Provisória nº 2.180, editada inicialmente em 21 de dezembro de 2000, que teve seus efeitos *congelados*, em sua versão de número 35, de 27 de julho de 2001, pelo art. 2º Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001¹⁷⁰, deixando o referido dispositivo legal com a seguinte redação:

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

§ 2º O Presidente do Tribunal poderá ouvir o autor e o Ministério Público, em setenta e duas horas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

Mandado de Segurança, concernente aos recursos”, os quais, com exceção do “novo agravo de instrumento disciplinado pela Lei 9.139/95”, não possuiriam efeito suspensivo. Cf. COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Mandado de Segurança: suspensão no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000, p.18. Calmon de Passos, por sua vez, defendia que a suspensão de segurança “não é uma forma autônoma de controle, um recurso anômalo, sem contraditório, sem formalidades asseguradoras do devido processo legal”, mas apenas a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo a recurso dele desprovido. Na visão do autor, “sem a interposição do recurso e a demonstração de sua admissibilidade, descabe o pedido de suspensão”, sendo impossível, conceber de maneira diversa a constitucionalidade da medida. Cf. PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e ‘habeas data’ – constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.57.

¹⁶⁸ A tese do não cabimento de agravo de instrumento contra a decisão concessiva de liminar em mandado de segurança decorria do fato de que tal recurso não estava previsto na Lei nº 1.533, de 1951, que, como visto, revogou as disposições referentes ao mandado de segurança constantes do CPC de 1939. O mesmo se dava em relação ao recurso de embargos infringentes, que também não encontrava guarida na Lei nº 1.533, de 1951. Atualmente, a Lei nº 12.016, de 2009, prevê expressamente em seu art. 7º, parágrafo 1º, a aplicação do agravo de instrumento no procedimento do mandado de segurança, não aludindo, porém, aos embargos infringentes.

¹⁶⁹ A última versão da Medida Provisória nº 1.984 foi a de número 25, de 23 de novembro de 2000, que teve seu conteúdo incluído na Medida Provisória nº 2.102-26, de 21 de dezembro de 2000. A versão nº 32 da Medida Provisória nº 2.102, de 24 de junho de 2001, foi incluída na Medida Provisória nº 2.180-33, de 28 de junho de 2001.

¹⁷⁰ Art. 2º da Emenda Constitucional nº 32, de 2001: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”

§ 3º Do despacho que conceder ou negar a suspensão, caberá agravo, no prazo de cinco dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte a sua interposição. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 6º A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 7º O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

§ 9º A suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)

Entre as principais alterações legislativas, destacam-se a total desvinculação entre suspensão de segurança e agravo de instrumento (parágrafos 5º e 6º) e, ainda, a vigência da decisão concessiva da suspensão de segurança até o trânsito em julgado da ação principal (9º), sistemática que já era aplicada ao instituto desde sua origem. Importa ressaltar, ademais, a previsão de utilização *per saltum* da suspensão de segurança, decorrente da possibilidade de ajuizamento de um novo pedido de suspensão de segurança perante o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal nos casos de indeferimento do incidente pelas instâncias inferiores (parágrafo 4º).

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade das novas regras da suspensão de segurança no julgamento da medida cautelar na ADI nº 2251¹⁷¹, ajuizada contra a Medida Provisória nº 1.984 em sua 19ª versão, de 29 de junho de 2000. O tribunal deferiu a suspensão liminar exclusivamente de norma que foi suprimida da referida Medida Provisória em sua 22ª versão, de 27 de setembro de 2000¹⁷², a qual previa a

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2251 MC. Rel. Min. Sydney Sanches. *Diário de Justiça*, Brasília, 24 mar. 2001.

¹⁷² A Presidência da República, nesta 22ª edição, preocupou-se em adequar a Medida Provisória nº 1.984 à decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Além de extirpar a norma cuja eficácia foi suspensa pela mencionada decisão, foi incluída determinação de aplicação do novo regime da suspensão de segurança às ações de mandado de segurança, alterando-se o art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964. Tal inclusão decorreu das considerações tecidas nos debates realizados quando do julgamento da referida cautelar na ADI 2251, especialmente pelo Min. Sepúlveda Pertence, que, criticando a nova sistemática, asseverou que “o casuismo

hipótese de suspensão, “com eficácia retroativa à data em que foi concedida, tornando sem efeito qualquer ato executivo dela decorrente”, da decisão liminar que esgotasse, no todo ou em parte, o objeto da ação ou, ainda, que tivesse sido “deferida em flagrante ofensa à lei ou a jurisprudência de tribunal superior”.¹⁷³ A sustação cautelar dos efeitos de todos os demais dispositivos (parágrafos 2º a 8º) foi indeferida, por maioria de votos.¹⁷⁴ O mérito da ação não chegou a ser julgado em razão de sua extinção por falta de aditamento da petição inicial para a impugnação das últimas reedições da Medida Provisória.

A Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, determinou, ainda, o acréscimo de dois parágrafos ao art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964, o segundo deles para prescrever a aplicação do novo regime da suspensão de segurança constante do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, às decisões proferidas em mandado de segurança¹⁷⁵. Atualmente, não mais se encontra em vigor a Lei nº 4.348, de 1964, estando a possibilidade de suspensão das decisões proferidas em mandado de segurança regulada no art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009, de seguinte teor:

Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 1º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

§ 2º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 1º deste artigo, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

§ 3º A interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo.

§ 4º O presidente do tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida.

chegou a tal ponto que esses parágrafos atingem qualquer medida cautelar, menos o mandado de segurança, único a que se dirigiam as leis que têm por si o privilégio da antigüidade. Queiram os deuses que esta observação não provoque, na próxima edição da medida, a colmatação da lacuna, por certo, involuntária...”

¹⁷³ Trata-se do parágrafo 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, que vigorou, até a edição da 22ª versão da Medida Provisória nº 1984, com a seguinte redação: “Ao verificar que a liminar esgotou, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação ou foi deferida em flagrante ofensa à lei ou a jurisprudência de tribunal superior, o presidente do tribunal poderá suspendê-la com eficácia retroativa à data em que foi concedida, tornando sem efeito qualquer ato executivo dela decorrente.”

¹⁷⁴ A norma do parágrafo 9º não foi objeto de apreciação, em razão de só ter vindo a constar da última versão, de número 35, da Medida Provisória nº 2.180.

¹⁷⁵ Art. 4º, parágrafo 2º, da Lei nº 4.348, de 1964: “Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

As regras gerais sobre o tema da suspensão de segurança no direito brasileiro encontram-se, atualmente, nos citados art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, e art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009. Apesar das diferenças de redação observadas nos referidos dispositivos legais, a tendência jurisprudencial é de aplicar o mesmo procedimento a todos os pedidos de suspensão de decisões desfavoráveis ao Poder Público, não importando o rito processual a que submetida a respectiva ação principal.

Nesse sentido, aponta-se a revogação, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, de sua Súmula nº 506¹⁷⁶, a partir da qual se passou a admitir a interposição de recurso de agravo contra o indeferimento do pedido de suspensão de segurança interposto contra decisão proferida em mandado de segurança, hipótese que, contemplada no parágrafo 3º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, não se encontrava prevista, à época, no art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964, cuja redação, no ponto, em muito se assemelha à do atual art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009.¹⁷⁷ A decisão foi adotada pelo Plenário do referido tribunal nos autos da SS nº 1945¹⁷⁸, reconhecendo-se a necessidade de estender a disciplina prevista naquele primeiro diploma legal com a finalidade de superação da assimetria no tratamento dos pedidos de suspensão de segurança.

A disposição de unificação do procedimento do incidente de suspensão de segurança foi confirmada no acórdão exarado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal na SS nº 2198¹⁷⁹, oportunidade na qual se entendeu pela redução do prazo de dez dias para interposição do recurso de agravo previsto no *caput* do art. 4º da Lei nº 4.348, de 1964. Decidiu-se, na ocasião, pela prevalência do disposto no art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, que, em seu parágrafo 3º, prevê o prazo de cinco dias para o referido recurso, desfazendo-se “assimetria processual então existente entre as ações de mandado de segurança e os demais procedimentos de contracautela”.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 506. O agravo a que se refere o art. 4º da Lei 4.348, de 26.06.1964, cabe, somente, do despacho do Presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança, não do que a denega. *Diário de Justiça*, Brasília, 10 dez. 1969.

¹⁷⁷ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.253-254.

¹⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 1945 AgR-AgR-AgR-QO. Rel. Min. Marco Aurélio. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 ago. 2003.

¹⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 2198 AgR-AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, *Diário de Justiça*, Brasília, 03 mar. 2004.

Prevalece, portanto, na jurisprudência, forte inclinação no sentido da uniformização dos pedidos de suspensão de decisões contrárias ao Poder Público, seja quanto ao procedimento aplicável ao incidente, seja quanto aos efeitos das decisões nele proferidas. Por tal razão, é possível tratar do gênero *suspensão de segurança* sem a preocupação de diferenciar ambas as espécies previstas em nossa legislação, tendo em vista a inexistência de diferenças ontológicas ou formais entre os diferentes *pedidos de suspensão* capazes de justificar a diversidade de denominações utilizada na prática de nossos tribunais.¹⁸⁰

Deste breve histórico do instituto, pode-se concluir que a suspensão de segurança, contrariamente ao que apontam alguns de seus detratores, não se encontra intrinsecamente ligada aos períodos não democráticos que marcaram a história do Brasil, especialmente ao da ditadura militar que se instalou no país após o denominado *Golpe de 64*. Exemplo da linha de raciocínio que ora se questiona encontra-se em Lúcia Valle Figueiredo, que já afirmou que o “art. 4º da Lei 4.348/64 (...) descende diretamente do regime de exceção no qual o País mergulhou por mais de 20 anos”.¹⁸¹ No mesmo sentido, já se sustentou que a “esdrúxula figura da Suspensão de Segurança, nascida das entranhas da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no limiar sangrento da ditadura militar”, foi criada com a intenção de “amordaçar a Magistratura independente do Brasil na truculência do regime de exceção que ali se instalava”.¹⁸²

Nada obstante, a Lei nº 191, de 1936, que fez incluir a suspensão de segurança em nosso ordenamento jurídico, foi editada ainda na *Era Vargas*, tendo o instituto atravessado sem sobressaltos o período da chamada *República Populista* para, então, aportar no regime militar pós-64, que não alterou significativamente a normatização do instrumento em vigor no regime democrático anterior. O grande movimento de alargamento da suspensão de segurança teve lugar já no regime da Constituição de 1988, autor da Lei nº 8.437, de 1992, e das sucessivas medidas provisórias que ampliaram definitivamente o escopo do mecanismo excepcional.

Conforme se encontra na doutrina referente ao instituto, a suspensão de segurança, em seus primórdios, foi um instrumento de utilização excepcionalíssima, não tendo representado perigo à eficácia do mandado de segurança. A vulgarização do instituto teria

¹⁸⁰ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.2

¹⁸¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.170.

¹⁸² PRUDENTE, Antônio Souza. O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no estado democrático de direito. *Revista Magister de direito civil e processo civil*, Porto Alegre, v. 10, n.55, p.108-120, jul./ago., 2013, p.111.

sido fruto de iniciativa da ditadura militar, realidade que em nada se modificou com o advento da Constituição vigente, quando o governo, para realizar as modificações na realidade previstas no modelo de Estado Social adotado, optou pela generalização da utilização da suspensão de segurança como mecanismo de apoio à implementação de políticas públicas.¹⁸³

A análise histórica da suspensão de segurança demonstra, portanto, que o instituto sobreviveu com indiferença aos regimes políticos que se alternaram na história do Estado brasileiro, tendo servido tantos aos governos autoritários, quanto aos governos democráticos. O instrumento foi utilizado de forma contínua desde sua criação, no ano de 1936, até os dias atuais, nos quais a generalização da prática da suspensão de segurança, que parece ter alcançado seu grau máximo, expõe a afinidade de nosso regime democrático atual com os mecanismos de exceção.

2.2 Eficácia da decisão concessiva da suspensão de segurança

O incidente de suspensão de segurança tem como objeto a sustação dos efeitos de decisão judicial, ainda não transitada em julgado, desfavorável ao Poder Público. Não há diferença, em termos de eficácia material, entre a concessão da suspensão de segurança e, de outro lado, a atribuição de efeito suspensivo a recurso interposto pela entidade de direito público interessada. Em ambas as hipóteses, a decisão atacada não desaparece do mundo jurídico, não é reformada nem anulada, mas, simplesmente, deixa de surtir seus efeitos típicos.

A concessão da suspensão de segurança, conforme entendimento consagrado do Supremo Tribunal Federal, que hoje consta de sua Súmula nº 626¹⁸⁴ e está incorporado à legislação no citado parágrafo 9º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, destina-se a vigorar, salvo determinação em contrário, até o julgamento final do processo originário. Uma vez proferida, portanto, a ordem de suspensão de segurança, a decisão de origem permanece suspensa até o seu trânsito em julgado, abrangendo a referida ordem de suspensão de

¹⁸³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.73-75.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 626. A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo supremo tribunal federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 2003.

segurança as decisões de conteúdo idêntico ou menor proferidas no mesmo processo. É dizer, em outras palavras, que a sentença (ou o acórdão, no caso de ação de competência originária do tribunal) que confirma a liminar ou, ainda, o acórdão que rejeita o recurso interposto contra a decisão objeto da suspensão de segurança sujeitam-se, igualmente, à paralisação dos efeitos determinada em sede de suspensão de segurança, sendo desnecessária a postulação, pelo Poder Público, de nova decisão suspensiva.

A legislação referente à suspensão de segurança não impõe, historicamente, qualquer limitação ao escopo do instrumento, estando incorporada ao costume judiciário pátrio a possibilidade de sustação, inclusive, de decisões baseadas no direito constitucional. Admite-se, portanto, com base na legislação infraconstitucional, onde, conforme visto, se encontra a previsão da suspensão de segurança, o bloqueio da eficácia de direitos fundamentais.¹⁸⁵

Um dos argumentos muito utilizados em favor da constitucionalidade da previsão da suspensão de segurança em nossa lei processual é o de que a decisão proferida no incidente está destinada a vigorar temporariamente, prevalecendo a sustação dos efeitos da decisão judicial apenas durante o trâmite do processo principal. Não haveria, nesse sentido, o sacrifício do direito do particular, que restaria satisfeito após o trânsito em julgado da decisão que o reconhece.¹⁸⁶

Tratar-se-ia, pois, a decisão de suspensão de segurança, de mera postergação da efetividade do processo e, não, da mitigação da força obrigatória do ordenamento jurídico, não se cogitando da subtração do direito do particular em virtude de necessidades enunciadas pelo governo. Segundo tal raciocínio, a utilização da suspensão de segurança não redundaria, em hipótese alguma, na manutenção, em caráter definitivo, de atos administrativos ilegais ou inconstitucionais, sendo impossível, ao fim da tramitação processual, a prevalência de um suposto interesse público despidido de fundamento na ordem jurídica.

Nada obstante, não são raras as hipóteses em que a suspensão de uma decisão judicial permite que sejam realizadas modificações irreversíveis no mundo fático, tornando permanente o estado de anormalidade jurídica ensejado pelo deferimento da medida

¹⁸⁵ Note-se, a respeito, que, enquanto os institutos do Estado de Defesa e do Estado de Sítio encontram-se rigidamente regulados na Constituição de 1988, que, além de estabelecer mecanismos de revisão das decisões respectivas, limita os direitos passíveis de ter suspensa sua eficácia, a suspensão de segurança permite a sustação de qualquer decisão judicial que tenha o condão de causar dano grave ao interesse público nas modalidades elencadas na legislação do instituto, sendo possível a exceção, como dito, de preceitos nucleares de nossa Carta Constitucional.

¹⁸⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.162.

excepcional. Isto ocorre de forma notável no caso das grandes obras patrocinadas pelo Poder Público que, uma vez realizadas com base em ordens de suspensão de segurança, não podem ser removidas no caso do trânsito em julgado de decisão desfavorável. A impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, decorrente das alterações fáticas impostas pela consolidação do empreendimento público, fazem com que, na prática, fique reduzida a zero a eficácia normativa do comando jurídico posteriormente reconhecido como aplicável à espécie.

É ilustrativo, nesse sentido, o caso da construção da Usina Hidrelétrica Teles Pires, no estado do Mato Grosso. Apreciando recurso de apelação interposto em ação civil pública, no qual o Ministério Público alegava a invalidade do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) do empreendimento em virtude da não realização de adequado Estudo do Componente Indígena, o desembargador responsável pelo feito, integrante da quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferiu decisão de antecipação de tutela determinando a suspensão do licenciamento ambiental e das obras da referida usina hidrelétrica.¹⁸⁷

Restou consignado na decisão em apreço a ilegalidade da apropriação, no EIA/RIMA a partir do qual foram emitidas a Licença Prévia e a Licença de Instalação da Usina Hidrelétrica de Teles Pires, de Estudo do Componente Indígena realizado para fins de instalação de outros empreendimentos hidrelétricos, notadamente as Usinas Hidrelétricas de São Manoel e Foz de Apiacás. A imperatividade da realização de um estudo específico para o empreendimento foi reconhecida com base no fato de resultar a construção da usina na inundação de locais de valor simbólico e religioso para as comunidades indígenas existentes na região, cuja importância ainda não teria sido devidamente analisada, bem como em razão dos prováveis impactos na reprodução de peixes migratórios que têm na bacia do rio Teles Pires o seu *habitat*.

O desembargador relator fez constar expressamente em sua decisão a impossibilidade de reversão dos impactos da construção da Usina Hidrelétrica Teles Pires sobre as comunidades indígenas locais, sublinhando que “a execução das obras de instalação do empreendimento hidrelétrico descrito nos autos e os seus efeitos nas áreas por ele atingidas possuem caráter de irreversibilidade, na dimensão temporal do fato consumado”.

¹⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Ap 0005891-81.2012.4.01.3600. Rel. Des. Souza Prudente. *Diário da Justiça Federal da Primeira Região*, Brasília, 17 set. 2013.

A presidência do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a SL nº 722¹⁸⁸, determinou a suspensão da decisão de antecipação de tutela adotada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sob o fundamento de grave ofensa à ordem econômica. Na visão do órgão julgador, a paralisação das obras da Usina Hidrelétrica Teles Pires, além de colocar em risco a segurança energética do país, teria o condão de causar prejuízos econômicos de difícil reparação para o Estado e para os agentes privados envolvidos no empreendimento, podendo acarretar, inclusive, a demissão dos trabalhadores envolvidos na empreitada, representando, ainda, ameaça ao meio ambiente, decorrente da necessidade de substituição da energia hidrelétrica por energia gerada de formas diversas.

A continuidade das obras da Usina Hidrelétrica Teles Pires, garantida pela suspensão de segurança deferida pelo Supremo Tribunal Federal, é decisão de caráter nitidamente irreversível, capaz de ensejar a consolidação dos prejuízos aos interesses indígenas anteriormente à apreciação definitiva pelas instâncias competentes do Poder Judiciário da jurisdição da intervenção pública.

O caráter de irreversibilidade da suspensão de segurança pode ser observado, ainda, na utilização que foi dada ao instrumento relativamente à implantação do chamado Plano Nacional de Desestatização, previsto na Lei nº 8.031, de 1990. Com efeito, a complexidade das situações jurídicas consolidadas após a transferência do controle acionário das empresas estatais ao particular dificilmente permite o desfazimento dos atos posteriores à privatização, restando destituída de eficácia prática qualquer decisão posterior que venha a reconhecer a ilegalidade dos atos administrativos respectivos.

Exemplar a respeito é o caso da privatização do Banco do Estado de São Paulo – BANESPA. A 15ª Vara Federal Cível em São Paulo, apreciando ações cautelares, preparatórias de ação civil pública, ajuizadas por sindicato de bancários¹⁸⁹, que, sob a alegação da existência de uma série de violações a preceitos de direito constitucional e administrativo, impugnava o processo de licitação para alienação do controle acionário da referida instituição financeira, determinou a suspensão dos efeitos do edital de abertura do certame concorrencial respectivo.

¹⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 722. Rel. Min. Joaquim Barbosa. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 set. 2013.

¹⁸⁹ Registradas sob os números 2000.61.00.010634-4 e 2000.61.00.014684-6.

Os efeitos de tal decisão liminar foram suspensos por deliberação do desembargador presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na SS nº 2000.03.016834-6¹⁹⁰, interposta pela União e pelo Banco Central do Brasil, sob o fundamento de “possibilidade de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem jurídico-processual”, em razão do descumprimento, pelo juízo *a quo*, da regra do art. 2º da Lei nº 8.437, de 1992¹⁹¹, que impõe, nos casos de concessão de liminar em mandado de segurança coletivo e ação civil pública, a prévia oitiva do representante da pessoa jurídica de direito público. Fundou-se a decisão concessiva da suspensão de segurança, ademais, em ameaça de grave lesão à ordem econômica, ao passo em que a paralisação do processo de privatização em tela seria capaz de ensejar prejuízo substancial ao erário, tendo em vista os vultosos valores envolvidos no certame. Ressaltou, ainda, o magistrado responsável pelo julgamento do incidente, a necessidade de fazer prevalecer, no caso, o interesse público, uma vez que, segundo “farta jurisprudência”, estaria este materializado na “continuidade de tais certames licitatórios”.

Referida decisão de deferimento da suspensão de segurança foi reformada pelo Órgão Especial do mencionado tribunal federal quando do julgamento de agravo regimental interposto pelo sindicato interessado. O voto condutor do acórdão baseou-se no entendimento de não comportar o incidente de suspensão de segurança, “ainda sob o manto de lesão à ordem pública no aspecto jurídico processual”, a discussão da ilegalidade ou nulidade da decisão concessiva de liminar em ação civil pública. Afirmou-se, ainda, a insuficiência das provas trazidas aos autos pelos requerentes da suspensão de segurança para a finalidade de comprovar a potencialidade de vir a decisão originária a causar grave lesão à economia pública, uma vez que a Nota Técnica nº 02/2000, utilizada para tal finalidade, havia sido formulada unilateralmente pela área técnica do Banco Central do Brasil.

Contra tal decisão, ajuizaram a União e o Banco Central do Brasil, novo pedido de suspensão de segurança perante o Supremo Tribunal Federal, com arrimo no parágrafo 4º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, que, introduzido em nossa legislação pela já referida Medida Provisória nº 1.948, em sua 13ª versão, de 11 de janeiro de 2000, determinava, à época, que “negada a suspensão, mesmo antes da interposição do agravo a que se refere o parágrafo precedente, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para julgar eventual recurso especial ou extraordinário”. O incidente, autuado como Pet nº

¹⁹⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. SS 2000.03.00.016834-6. Rel. Des. José Kallás. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 23 nov. 2000.

¹⁹¹ Art. 2º da Lei nº 8.437, de 1992: “No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.”

2066/SP, foi apreciado, inicialmente, pelo Min. Marco Aurélio, que determinou o arquivamento do processo por entender se tratar o pedido em questão de verdadeiro recurso travestido de suspensão de segurança, incorrendo em inconstitucionalidade, por indevida ampliação da competência recursal do Supremo Tribunal Federal, a previsão de interposição *per saltum* da suspensão de segurança constante do referido dispositivo da Medida Provisória nº 1.948, de 2000.¹⁹²

Tendo posteriormente assumido a Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Min. Carlos Velloso, ao apreciar recurso de agravo interposto pelas mencionadas entidades públicas interessadas, reconsiderou a decisão anteriormente proferida pelo Min. Marco Aurélio, entendendo superada, em razão da decisão adotada no julgamento da medida cautelar na ADI nº 2.251/DF, a tese da inconstitucionalidade da nova sistemática estabelecida para a suspensão de segurança pela Medida Provisória nº 1.984-13, de 2000, uma vez que, conforme visto, naquela oportunidade, apenas a norma introduzida no parágrafo 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, teve suspensa sua vigência.¹⁹³

No mérito do pedido de suspensão de segurança, entendeu o Min. Carlos Velloso pelo deferimento da medida, valendo-se de fundamentação muito próxima à utilizada pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região quando determinou, pela primeira vez, a suspensão da liminar que determinou a sustação do processo de privatização do BANESPA. De fato, teve como justificativa a nova suspensão dos efeitos da decisão de origem o risco de grave violação à ordem pública, em termos de ordem jurídico-processual, consubstanciada na ofensa ao disposto no art. 2º da Lei nº 8.437, de 1992, e, ainda, na possibilidade de grave lesão à ordem econômica, conforme seria possível extrair da retro mencionada Nota Técnica nº 2/2000, elaborada pelo Banco Central do Brasil.

A decisão proferida pelo Min. Carlos Velloso veio a se tornar definitiva com o julgamento do agravo regimental que contra a mesma foi interposto pelo sindicato dos bancários, recurso este que teve negado provimento, por maioria de votos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. É interessante notar que o Min. Sepúlveda Pertence baseou seu voto vencido na irreversibilidade dos efeitos da ordem de suspensão de segurança que então

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 2066. Rel. Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 jul. 2000.

¹⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 2066. Rel. Min. Carlos Velloso. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 ago. 2000.

se debatia, afirmando que “se há riscos, creio que são bilaterais. E o da privatização é irreversível”.¹⁹⁴

As ações civis públicas nº 2000.61.00.014261-0/SP¹⁹⁵ e 2000.61.00.018729-0/SP¹⁹⁶, processos principais em relação às ações cautelares em que foram proferidas as decisões liminares suspensas, foram extintas sem julgamento de mérito em razão da “ocorrência de carência de interesse de agir superveniente, com perda do objeto da demanda”, decorrente do término do programa de privatização do BANESPA. Os processos ainda se encontram em tramitação, tendo sido interpostos recursos de agravo de instrumento pelo sindicato dos bancários com a finalidade de viabilizar a análise dos recursos cuja ascensão aos tribunais superiores foi inadmitida no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

O sacrifício definitivo de direitos de particulares pode ser encontrado como efeito da suspensão de segurança, também, em decisões proferidas pela Min. Ellen Gracie, quando de sua passagem pela Presidência do Supremo Tribunal Federal, para determinar a suspensão de provimentos judiciais de urgência exarados para obrigar o Poder Público a fornecer os meios materiais necessários ao tratamento de saúde dos requerentes. A título de exemplo, tem-se a decisão adotada na SS nº 3073¹⁹⁷, por intermédio da qual foi suspensa a eficácia de decisão liminar proferida em mandado de segurança impetrado perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte para determinar ao Poder Público estadual a concessão de medicamentos a pessoa doente de câncer¹⁹⁸.

No caso, a decisão concessiva da suspensão de segurança baseou-se no reconhecimento de grave ameaça de lesão à ordem pública, em sua dimensão *ordem administrativa*, tendo entendido a magistrada responsável pelo julgamento que a concessão dos medicamentos em questão afetava “o já abalado sistema público de saúde”. Ressaltou-se, ademais, nas razões de decidir, que a gestão da política nacional de saúde deve buscar a racionalização dos tratamentos fornecidos gratuitamente, com vistas ao atendimento do maior

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet 2066. Rel. Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, Brasília, 28 fev. 2003.

¹⁹⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Ap. 2000.61.00.014261-0. Rel. Des. Consuelo Yoshida. *Diário da Justiça*, Brasília, 9 set. 2011.

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Ap. 2000.61.00.018729-0. Rel. Des. Consuelo Yoshida. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 mai. 2011.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3073. Rel. Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 14 fev. 2007.

¹⁹⁸ No mesmo sentido, as SS nº 3274 e SS nº 3201, nas quais as decisões de origem determinavam a concessão pelo Poder Público de medicamentos para o tratamento da enfermidade de Infertilidade Feminina. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3274. Rel. Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 ago. 2007. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 3201. Rel. Min. Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 27 jun. 2007.

número possível de beneficiários, postulado que não teria sido observado pela decisão de origem, que, ao impor o fornecimento de medicamento de alto custo, teria o condão de comprometer a capacidade estatal de oferecimento de serviços básicos de saúde ao restante da população. Argumentou-se, por fim, a presença do chamado *efeito multiplicador*, materializado, na hipótese, na possibilidade de que as “milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica à do impetrante” fossem a juízo reclamar a realização de seu direito à saúde.

O caráter de definitividade que assumem, em sua maior parte, se não em sua totalidade, as decisões judiciais que negam a concessão de medicamentos ou quaisquer outras prestações relativas ao direito à saúde é evidente por si mesmo, sendo desnecessário tecer maiores considerações sobre o tema. O que fica claro, portanto, é a tendência de a decisão adotada em sede de suspensão de segurança, em inúmeras hipóteses, vir a se tornar definitiva, inviabilizando a posterior realização prática do comando decisório transitado em julgado no processo originário.

2.3 Afastamento da caracterização da suspensão de segurança como recurso

Atualmente, poucas vozes se levantam em favor da caracterização da suspensão de segurança como espécie de recurso. Tal entendimento, porém, pode ser encontrado na doutrina de Araken de Assis, para quem o instrumento possui a natureza de *sucedâneo recursal*.¹⁹⁹

Sucedâneos recursais são os remédios que, “por absoluta falta de previsão legal, não são considerados como recursos, mas tendo em vista a finalidade para a qual foram criados, fazem as vezes destes”.²⁰⁰ Trata-se de medidas que, apesar de não estarem expressamente previstas como recursos na legislação processual, são utilizadas com a mesma finalidade destes, ou seja, para postular a reforma ou invalidação de atos judiciais. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias foi a grande responsável pela generalização dos sucedâneos

¹⁹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.939-945.

²⁰⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.75.

recursais em nosso processo civil, utilizados de forma a “suprir, embora oblíqua e inadequadamente, a falha e erro do legislador”.²⁰¹

Araken de Assis sustenta que os sucedâneos recursais são caminhos heterodoxos encontrados pelos litigantes para desafiar pronunciamentos judiciais que lhes são desfavoráveis. Em comum com os recursos, teriam o objetivo de corrigir ou invalidar atos judiciais, bem como as características de não ensejarem a formação de processo autônomo, desenvolvendo-se na relação processual originária, e, ainda, de obstar o trânsito em julgado da decisão atacada.²⁰²

Nesse sentido, não se caracterizariam como sucedâneos recursais, por exemplo, a ação rescisória, que, nos termos do art. 485 do CPC, pressupõe o trânsito em julgado da decisão impugnada, assim como os *writs* constitucionais, como o mandado de segurança e o *habeas corpus* que, apesar de produzirem as mesmas consequências dos recursos quando manejados contra atos judiciais, desenvolvem-se em relações processuais autônomas.²⁰³ Em seu *Manual dos Recursos*, o autor elenca, como sucedâneos recursais *strictu sensu*, o reexame necessário, a correição parcial, o pedido de reconsideração, o agravo regimental e a suspensão de segurança.²⁰⁴

Para efetuar a inclusão da suspensão de segurança entre os sucedâneos recursais, Araken de Assis retorna à redação conferida pela Medida Provisória nº 1.984, em sua 19ª versão, de 1º de junho de 2000, ao parágrafo 8º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, que, conforme visto, previa a possibilidade de deferimento da suspensão de segurança no caso de “flagrante ofensa à lei ou à jurisprudência de tribunal superior”. Segundo o autor, tratar-se-ia da análise da presença de *error in iudicando* no ato decisório objeto do pedido de suspensão de segurança, análise esta capaz de ensejar a reforma do ato judicial impugnado, “prejulgando o objeto do recurso próprio”.²⁰⁵ É de se ressaltar, contudo, que a norma em questão teve vida curta, permanecendo em vigor apenas até a 22ª versão da referida Medida Provisória, tendo experimentado, inclusive, durante sua vigência, a suspensão de seus efeitos por decisão do Supremo Tribunal Federal na retro referida ADI nº 2251.

Nada obstante a modificação do quadro normativo que baseia seu entendimento, Araken de Assis reconhece uma espécie de continuação da mencionada norma revogada na

²⁰¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, v. IV, p.292.

²⁰² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.907-909.

²⁰³ Ibidem, p.909.

²⁰⁴ Idem, p.931-950.

²⁰⁵ Idem, p.941.

atual redação do parágrafo 7º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, segundo a qual “O Presidente do Tribunal poderá conferir ao pedido efeito suspensivo liminar, se constatar, em juízo prévio, a plausibilidade do direito invocado e a urgência na concessão da medida”. Para o autor, os conceitos indeterminados “plausibilidade do direito invocado” e “urgência na concessão da medida” equivaleriam, “essencialmente, mas com sinal contrário, aos que ensejaram a concessão da liminar no âmbito da tutela de urgência, e mesmo aos do mérito do mandado de segurança e das demandas de urgência”. Teria como efeito, portanto, o referido parágrafo 7º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, a redução do espaço da noção de que o ato do presidente do tribunal ostenta natureza política, não havendo, assim, qualquer faculdade judicial de suspensão das decisões desfavoráveis ao Poder Público, mas dever de fazê-lo nas hipóteses em que verificados os pressupostos referidos.²⁰⁶

O autor conclui seu posicionamento afirmando que fazia sentido, anteriormente às alterações operadas no sistema da suspensão de segurança pelas Medidas Provisórias editadas em série a partir do ano de 1999, a postulação de que o instituto se destinava a suprir a inexistência de recurso oponível contra as liminares expedidas em mandado de segurança, havendo, ao tempo em que a concessão da suspensão de segurança se encontrava atrelada exclusivamente aos pressupostos extraordinários prescritos na legislação de regência, bons argumentos que permitiam distingui-la dos recursos propriamente ditos. Na conformação atual, porém, a suspensão de segurança teria assumido funções recursais, sobrepondo-se aos recursos de apelação e agravo.²⁰⁷

A respeito especificamente da posição de Araken de Assis, é de se notar que a leitura feita pelo autor do parágrafo 7º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, é diversa daquela que realiza a maior parte da doutrina que se debruçou sobre o tema. Em geral, a norma que se extrai do referido dispositivo legal é de autorização do deferimento liminar do pedido de suspensão de segurança pelo presidente do tribunal, de forma de *inaudita altera pars*. Vejam-se, nesse sentido, a passagem seguinte:

Tratando-se de expediente cautelar, o pedido de suspensão comporta uma apreciação inicial de admissibilidade e de viabilidade, analisadas sob o prisma da invocação de urgência. Neste sentido, o que passou a ser autorizado ao juiz Presidente do Tribunal, mediante a invocação ora analisada, não é propriamente o deferimento da liminar da ordem cautelar sem a oitiva do autor da ação ou mesmo do Ministério Público, note-se, mas a imediata sustação dos efeitos da decisão judicial objeto do

²⁰⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.941.

²⁰⁷ Ibidem, p.941-942.

incidente até que, procedidas as oitivas referidas, obtidas as informações necessárias à instrução sumária do feito, finalmente possa o Presidente proferir seu julgamento. Para a efetivação das garantias derivadas do devido processo legal, sem prejuízo da ineficácia da tutela cautelar acaso não fosse de imediato determinada a sustação da execução do provimento judicial contrário aos interesses públicos especificados, permite-se a concessão do chamado efeito suspensivo liminar que nada mais é senão a antecipada concessão de medida liminar inaudita altera parte. A liminar suspensiva é deferida mediante juízo prévio, vale dizer, cognição superficial embasada pelas alegações unilaterais do requerente do pedido de suspensão, daí sua excepcionalidade.²⁰⁸

Tem-se, nesse sentido, que a expressão “plausibilidade do direito invocado”, constante do parágrafo 7º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, não diz respeito à análise da juridicidade das alegações jurídicas sustentadas pelo Poder Público no processo de origem ou, em outras palavras, da probabilidade de reversão da decisão contra a qual ajuizada a suspensão de segurança. Trata-se, em verdade, da possibilidade, conferida ao presidente do tribunal competente para a apreciação do pedido de suspensão de segurança, de proferir decisão liminar no incidente, dando efeitos imediatos ao provável julgamento a ser proferido no feito antes mesmo da oitiva das partes interessadas e do Ministério Público. A plausibilidade de que trata o dispositivo legal mencionado é, portanto, do deferimento da suspensão de segurança, mediante o reconhecimento da ameaça de grave lesão aos bens jurídicos ordem, saúde, segurança e economia públicas, e, não, da reforma ou anulação da decisão originária pelo reconhecimento de sua desconformidade com o ordenamento jurídico.

A doutrina majoritária, que nega a caracterização da suspensão de segurança como instituto de natureza recursal, se baseia no fato de não se destinar o instrumento a corrigir erros *in procedendo* ou *in judicando* das decisões contrastadas, mas, exclusivamente, a suspender os efeitos de provimentos judiciais capazes de prejudicar o interesse público nas hipóteses relacionadas na legislação. O maior obstáculo para a inclusão da suspensão de segurança na classe dos recursos é, portanto, a ausência do efeito devolutivo que a define, distinguindo-a definitivamente das espécies recursais.

Sobre o efeito devolutivo, argumenta-se que a característica fundamental dos recursos é propiciar o reexame da matéria anteriormente decidida, mesmo que a competência para tal reexame esteja atribuída à mesma autoridade judiciária responsável pela prolação da decisão recorrida.²⁰⁹ Diz respeito, o efeito devolutivo, à transferência, para o órgão julgador competente, da matéria que constitui o objeto da impugnação recursal, a qual será objeto de

²⁰⁸ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.194.

²⁰⁹ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.7.

reavaliação e reanálise, “é o único que genuinamente poderia ser considerado *efeito* do recurso, já que corresponde, em qualidade e quantidade, àquilo que constitui o objeto e razão de ser dos recursos”.²¹⁰

Nelson Nery Jr. defende que a devolução da matéria impugnada é o efeito natural de todo e qualquer recurso, possibilitando ao recorrente obter novo pronunciamento judicial sobre a matéria. O efeito devolutivo teria o efeito de prolongar o procedimento, adiando a formação da coisa julgada e fazendo com que o processo fique pendente até que não mais se possa impugnar a decisão judicial, seja pela inércia da parte, seja pelo esgotamento das hipóteses recursais previstas na legislação.²¹¹

A mesma linha de entendimento é adotada por Araken de Assis, que também reconhece no efeito devolutivo a essência do gênero recursal.²¹² A revisão das decisões judiciais seria uma função indispensável à jurisdição, incutindo a confiança no público de que o Judiciário tem como finalidade julgar com justiça as demandas que lhe são submetidas, atuando, ainda, como agente de promoção da supremacia da Constituição e da exata aplicação das leis.²¹³

A suspensão de segurança, ao passo em que não comporta o re julgamento da lide realizado na instância originária, mas, apenas, a verificação da necessidade de acautelar o interesse público naquele contexto fático específico, não é dotada do referido efeito devolutivo. Não se trata, com efeito, na via da suspensão de segurança, da devolução da matéria ao presidente do tribunal incumbido do julgamento do incidente, debatendo-se exclusivamente a necessidade excepcional de suspensão de uma decisão judicial potencialmente lesiva aos bens jurídicos elencados na legislação.

A suspensão de segurança se diferencia das demais espécies recursais, ademais, pela ausência de outro dos efeitos típicos destas, o efeito obstativo. Acerca do tema, ressalta-se a existência de dois mecanismos diversos de impugnação de provimentos judiciais: os remédios que obstem a formação da coisa julgada e os meios destinados à impugnação de decisões já transitadas em julgado.²¹⁴ No direito processual brasileiro, a leitura do art. 467 do CPC²¹⁵ nos

²¹⁰ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.248.

²¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.432.

²¹² ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.246.

²¹³ Ibidem, p.42.

²¹⁴ Idem, p.908.

²¹⁵ Art. 467 do CPC: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

conduziria à conclusão de que apenas aqueles primeiros encontram guarida na classe dos recursos:

Do dispositivo retira-se, inicialmente, a conclusão segura de que, no direito pátrio, todos os recursos inibem a constituição da eficácia da coisa julgada. Logo, escapam à categoria recursal os remédios porventura utilizáveis contra os provimentos revestidos da autoridade da coisa julgada, embora seja precipitado conferir natureza recursal a todos os remédios empregados para impugná-los antes do trânsito em julgado.²¹⁶

Fica claro, portanto, que os recursos possuem como característica essencial o fato de impedirem o trânsito em julgado das decisões contra as quais interpostos. A suspensão de segurança, pelo contrário, destina-se a vigorar até o trânsito em julgado da decisão a que se refere, não exercendo qualquer influência sobre a formação da coisa julgada, a qual importa na imediata cessação da eficácia da decisão concessiva da suspensão de segurança que impedia a execução da decisão agora tornada definitiva.

Deve-se levar em conta, ainda, que a suspensão de segurança não se submete ao regime jurídico próprio do gênero recursal, sendo-lhe inaplicáveis os pressupostos de dedução, processamento e apreciação dos recursos em geral.²¹⁷ Corroborando tal assertiva, critica-se, sob o prisma do princípio da tipicidade, a classificação da suspensão de segurança como espécie de recurso, apontando-se para o fato de não constar o incidente “do regime de recursos previstos no Código de Processo Civil”.²¹⁸

As regras de legitimidade para interposição da suspensão de segurança são ilustrativas do distanciamento do instrumento da sistemática dos recursos. Com efeito, o direito de recorrer, como desdobramento natural do direito de ação, compete exclusivamente à parte processual, diferentemente do que ocorre quanto à suspensão de segurança, cuja interposição pode ser realizada, desde que configurado o interesse, por pessoa jurídica de direito público ou pelo Ministério Público²¹⁹, independente do fato de terem participado da relação jurídica processual originária²²⁰.

²¹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.908.

²¹⁷ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.50.

²¹⁸ ROCHA, Caio Cesar. Art. 15. MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar; LIMA, Tiago Asfor Rocha (Org.). *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: RT, 2010, p.209.

²¹⁹ Tem-se reconhecido, no âmbito jurisprudencial, legitimidade para a interposição de suspensão de segurança às pessoas jurídicas de direito privado que exercem atividades de interesse público, a exemplo das concessionárias de serviço público e das instituições de ensino superior. Tal legitimidade depende da

Outro exemplo da inaplicabilidade do regime dos recursos à suspensão de segurança é a não incidência do instituto da preclusão ao direito de ajuizamento da medida extrema pelo Poder Público, para o qual não há a estipulação de prazo algum em nossa legislação processual, podendo ser exercido a qualquer tempo. Alude-se, ainda, à ausência de (i) prequestionamento, de (ii) vedação do reexame de matéria fática e de (iii) submissão ao juízo de admissibilidade perante o presidente do tribunal de origem, circunstâncias que caracterizam o acesso aos Tribunais Superiores via interposição *per saltum* do pedido de suspensão de segurança, o que constitui o instrumento como “uma espécie de ‘controle interno’ e bastante célere da atividade das Cortes estaduais ou regionais” pelas referidas instâncias de cúpula do Poder Judiciário.²²¹

Afirma-se, ainda, na doutrina, que a definição da suspensão de segurança como recurso comprometeria em absoluto a lógica de nosso sistema recursal, sendo de incontornável inconstitucionalidade por violação ao princípio do devido processo legal e subversão dos princípios do juiz natural e da unirrecorribilidade das decisões judiciais. A natureza de recurso do instituto é impugnada, ainda, com base na quebra da isonomia que decorreria da criação de uma medida impugnativa da decisão judicial utilizável exclusivamente pelo Poder Público.²²²

2.4 Caracterização da suspensão de segurança como medida cautelar

Ultrapassada a caracterização da suspensão de segurança como espécie de recurso, trata-se, então, de analisar a corrente doutrinária que conceitua o instituto como prerrogativa processual do Poder Público de natureza cautelar, cuja finalidade residiria na suspensão, mediante a presença dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, de decisões judiciais

comprovação de que a decisão de origem causa prejuízo ao exercício das atividades de interesse público e, não, a meros interesses da pessoa jurídica envolvida. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL 34. Rel. Min. Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*, Brasília, 24 mar. 2004. O Supremo Tribunal Federal já admitiu, também, o ajuizamento de suspensão de segurança por órgão público desprovido de personalidade jurídica. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 1308. Rel. Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Brasília, 09 out. 1998.

²²⁰ Note-se, a respeito, que a lei usa a expressão “pessoa jurídica de direito público interessada” e, não, “ré”, “requerida” ou “impetrada”.

²²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. As novas regras da suspensão de liminar em mandado de segurança. BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Avim. (Org.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.196.

²²² VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.51.

potencialmente lesivas aos valores ordem, saúde, segurança e economia públicas. Tratar-se-ia, portanto, de instrumento de tutela do interesse público, vocacionado à sustação dos efeitos de decisões judiciais possivelmente ilegais, cuja modificação pelas instâncias recursais competentes esteja revestida de considerável grau de probabilidade.

Caio Cesar Rocha afirma que, ao regular a suspensão de segurança, optou o legislador, baseado nos princípios da proporcionalidade e da prevalência do interesse público, por temperar a garantia do acesso à jurisdição, possibilitando o diferimento da efetividade das decisões judiciais nas circunstâncias em que ameaçados valores relevantes para a coletividade.²²³ Apesar da mencionada fundação do instituto no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o autor defende a necessidade de afastar do inconsciente jurídico a conotação política com a qual se encontra tão vinculado, apontando o *fumus boni iuris* como elemento jurídico necessário ao deferimento do pedido de suspensão de segurança.²²⁴

A aplicação da suspensão de segurança a decisões cuja probabilidade de modificação pelas instâncias jurisdicionais superiores seja nula ou reduzida, sem a presença, portanto, do requisito do *fumus boni iuris*, transformaria o instituto, segundo Caio Cesar Rocha, em instrumento de concessão de moratória das obrigações legais do Poder Público, não havendo “motivos plausíveis nem justificáveis para se manter certas limitações à obtenção de tutelas provisórias contra a fazenda pública, quando referidas tutelas se enquadrem perfeitamente com questões idênticas já decididas definitivamente pelas instâncias superiores.”²²⁵

A suspensão de segurança, na visão do autor, é providência de contracautela destinada a resguardar os bens públicos elencados na legislação de regência do instituto quando presente, mesmo que de forma superficial, a “plausibilidade de reversão, através do recurso próprio, da decisão cuja eficácia se pretende suspender, plausibilidade esta a ser vislumbrada através do juízo de delibação a ser exercido pelo Presidente do Tribunal competente para apreciar e processar a medida suspensiva”.²²⁶ Cuidar-se-ia, portanto, de forma de acautelar uma situação jurídica possível de ser atingida pelo Poder Público através da impugnação recursal própria.²²⁷

²²³ ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.73.

²²⁴ Ibidem, p.125.

²²⁵ Idem, p.196.

²²⁶ Idem, p.168.

²²⁷ Idem, p.168.

O jurista cearense sublinha a impossibilidade de revisão do mérito da demanda principal na suspensão de segurança, evitando-se, assim, a transformação do incidente em nova espécie recursal. A análise da juridicidade da decisão, segundo afirma, deve ocorrer de maneira superficial, cabendo ao órgão julgador, simplesmente, verificar a probabilidade de vir a mesma a ser modificada no decorrer do trâmite processual.

Essa análise de probabilidade, na visão do autor em destaque, deve se limitar à averiguação da possibilidade de modificação da decisão originária, impondo-se ao magistrado incumbido da apreciação da suspensão de segurança desvincular-se de seu próprio entendimento a respeito da matéria. Não cabe, portanto, ao desembargador presidente do tribunal, exercer qualquer juízo de valor sobre a questão jurídica controvertida, competindo-lhe, simplesmente, “cotejar os aspectos jurídicos envolvidos na decisão objeto do incidente, com tudo aquilo que já foi julgado, em casos semelhantes, pelas instâncias superiores”.²²⁸

Tem-se, nesse sentido, que a análise do pedido de suspensão de segurança se baseia num prognóstico acerca da probabilidade da modificação da decisão de origem, realizada do ponto de vista dos precedentes das cortes superiores sobre a temática e, não, a partir das convicções do magistrado incumbido de decidir o incidente. Caio Cesar Rocha afirma que o “juízo mínimo de delibação” cabível em sede de suspensão de segurança deve ser pragmático, livre de subjetivismos e não adstrito ao convencimento individual do julgador, ao qual compete exercer sua função baseado no “cotejo dos dados que lhe foram apresentados com a realidade do que vem sendo a prática nos tribunais”.²²⁹

É importante ressaltar que o autor estabelece certa prevalência aos interesses do Poder Público no incidente de suspensão de segurança, afirmando que, na hipótese de inexistirem dados suficientes para avaliar a probabilidade de revisão da decisão de origem, deve ser determinada a sustação de seus efeitos.²³⁰ Nesse sentido, defende que, na presença do *periculum in mora*, materializado na potencialidade de lesão aos valores públicos elencados na legislação, a suspensão de segurança somente deve ser negada em caso de jurisprudência amplamente pacificada sobre a matéria, sendo insuficientes “meros precedentes” que ainda não tenham sido “objeto de amplo debate e reflexão por parte daqueles órgãos jurisdicionais maiores”.²³¹ O indeferimento da suspensão de segurança, portanto, somente se daria no caso

²²⁸ ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.190.

²²⁹ Ibidem, p.194.

²³⁰ Idem, p.194.

²³¹ Idem, p.190.

de se encontrar a pretensão do Poder Público em confronto com “entendimento jurisprudencial já pacífico e manifesto do STJ ou do STF”.²³²

Cassio Scarpinella Bueno, após afirmar lhe parecer indiscutível a natureza cautelar da suspensão de segurança, bem como de não se tratar de espécie recursal, sustenta que a “grave lesão” a justificar a utilização da providência excepcional em favor do Poder Público “só tem sentido se a decisão concessiva da liminar ou da sentença for *injurídica*”.²³³ O autor reconhece que a posição que defende é “amplamente minoritária”, apontando, porém, a necessidade de que o tema seja revisitado a partir das recentes reformas do Processo Civil nacional, que criaram mecanismos hábeis e eficientes para paralisar, quando necessário, a eficácia das decisões não transitadas em julgado proferidas em mandado de segurança, não mais se justificando a benevolência conferida pela doutrina e pela jurisprudência à prática da suspensão de segurança.²³⁴

Para o autor, não basta que o requerente da suspensão de segurança demonstre as “razões políticas” ou “metajurídicas” indicadas na legislação, sendo necessária a demonstração de que a decisão é contrária ao ordenamento jurídico “e, por esta razão, é que afeta, negativamente, os valores” que autorizam o deferimento da medida extrema. A caracterização da lesão ao interesse público depende, necessariamente, da afronta ao ordenamento jurídico, pelo simples fato da inexistência de interesse público à margem da lei.²³⁵

Cassio Scarpinella Bueno é enfático ao afirmar que nenhum conceito tem interesse para o Direito senão quando e enquanto pautado em dados jurídicos, pertinentes ao ordenamento jurídico. Ressalta, nesse sentido, que não se pode admitir, sob pena de subversão do sistema constitucional vigente, que o mecanismo da suspensão de segurança seja utilizado para a finalidade de substituir, pelo seu equivalente pecuniário, a fruição *in natura* dos direitos assegurados na legislação. Em seu modo de entender, “ou existe direito do particular a ser resguardado e fruído *in natura* ou não existe direito e, conseqüentemente é legítima a suspensão da liminar pela agressão aos valores estampados no art. 4º da Lei 4.348/64.”²³⁶

²³² ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.190.

²³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.212.

²³⁴ Ibidem, p.211-212.

²³⁵ Idem, p.224.

²³⁶ Idem, p.222.

A única forma de compatibilizar a suspensão de segurança com a ordem constitucional vigente estaria, portanto, na concessão de natureza cautelar ao instituto, reconhecendo-lhe a finalidade de conferir efeito suspensivo ao recurso interposto pelo Poder Público baseado em argumentação jurídica convincente. Em outras palavras, havendo dúvidas quanto à ilegalidade do ato administrativo contra o qual deferido a decisão judicial liminar, assumiria a sustação dos efeitos desta última função de contracautela, baseada em razões jurídicas e, não, simplesmente políticas, destinando-se a vigorar até a manifestação do órgão recursal competente.²³⁷

Discorrendo sobre a constitucionalidade da suspensão de segurança, Gleydson Kléber de Oliveira afirma que a mesma deve ser admitida em razão de visar o incidente à proteção de interesses públicos contemplados na ordem jurídica, tendo em vista, inclusive, a adoção, pela Constituição de 1988, do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.²³⁸ O autor ressalta, porém, a necessidade de se afastar o entendimento de que a suspensão de segurança é regida por critérios exclusivamente políticos, conforme se extrai da passagem que se segue:

A partir de uma interpretação conforme à Constituição (...) parece-nos que necessariamente o pedido de suspensão de liminar ou de sentença tem que estar lastreado, também, em critérios, jurídicos.

Vale dizer, nesse incidente, para que o presidente do tribunal suspenda a execução da liminar ou da sentença, é indispensável simultaneamente que a decisão viole a ordem jurídica e que sua execução possa ocasionar grave lesão à ordem, à segurança, à saúde ou à economia públicas, porquanto, em um intitulado Estado democrático de direito, somente pode existir e cogitar de interesse público, desde que ele seja compatível com a ordem jurídica.

Interesse que não tem lastro na ordem jurídica não pode ser considerado público, de forma que a avaliação e a análise acurada dos critérios jurídicos da decisão a que se visa suspender, por meio do citado incidente, devem necessariamente ser efetuadas pelo presidente do tribunal.²³⁹

Eduardo Arruda Alvim, após afirmar a inexistência de interesse público à margem da lei, sustenta a impossibilidade de deferimento da suspensão de segurança de forma independente da discussão sobre o desacerto da decisão de origem, mediante a simples

²³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.211.

²³⁸ OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. Incidente de suspensão de execução de liminar e de sentença em mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Avim (Org.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.385.

²³⁹ Ibidem, p.385-386.

invocação dos bens jurídicos elencados na legislação de regência do instituto.²⁴⁰ Em sua visão, a mera alegação de perigo de grave dano à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas não basta para caracterizar o interesse público, que, antes de tudo, pauta-se em um “critério maior, genérico, que é a submissão à lei”.²⁴¹

O autor defende que a suspensão de segurança deve ser entendida como um instrumento adicional à disposição do Poder Público para buscar a suspensão de decisões judiciais proferidas em seu desfavor, objetivo este que não poderia “ser alcançado sem que se demonstrasse que a decisão não está correta”.²⁴² Teria cabimento, portanto, a suspensão de segurança, somente nos casos em que presente, além do *periculum in mora*, o *fumus boni iuris*, na medida em que não se encontra o Poder Judiciário autorizado a adentrar em motivos de ordem estritamente política, no que se reduziriam as citadas hipóteses de utilização do instrumento excepcional enumeradas na legislação quando não analisadas conjuntamente com a legalidade do ato impugnado ou da possibilidade de êxito ao final da demanda.²⁴³

Ainda segundo Eduardo Arruda Alvim, a admissão de meios processuais destinados à proteção de interesses das pessoas jurídicas de direito público “não pode chegar ao ponto de o Poder Público possuir um instrumento para ser apreciado pelo Poder Judiciário que tenha para sua concessão, exclusivamente, critérios de ordem política que não envolvam em seu bojo qualquer matéria discutindo a legalidade do ato”.²⁴⁴ Do ponto de vista constitucional, portanto, não seria possível defender a existência de um incidente capaz de garantir a vigência de atos públicos baseados em argumentos já reconhecidamente tidos por ilegais ou inconstitucionais, vedando-se a sustação de “decisão judicial pautada em direito líquido” por razões alheias ao ordenamento jurídico.²⁴⁵

O Supremo Tribunal Federal, na presidência do Min. Sepúlveda Pertence, adotou, em diversas ocasiões, o entendimento de que ora se trata. O referido magistrado, tanto em decisões monocráticas, quanto na relatoria de recursos, insistiu na tese de que o deferimento da suspensão de segurança, além do risco de grave lesão aos valores ordem, saúde, segurança

²⁴⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Suspensão da eficácia da decisão liminar ou da sentença em mandado de segurança – aspectos controvertidos do art. 4º da Lei 4.348/64. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Avim (Org.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*: 51 anos depois. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.252.

²⁴¹ Ibidem, p.261.

²⁴² Idem, p.252-253.

²⁴³ Idem, p.263-264.

²⁴⁴ Idem, p.264.

²⁴⁵ Idem, p.264.

e economia públicas (*periculum in mora*), depende da ocorrência concomitante do *fumus boni iuris*. É ilustrativa a respeito a decisão proferida no AgRg na SS nº 846/DF, veja-se:

3. Dedicar-se a densa e veemente fundamentação do agravo regimental à colação de precedentes nos quais se asseverou, em tom apodítico, que, para a decisão do pedido de suspensão de segurança, não deve pesar qualquer juízo de mérito sobre a controvérsia de fundo.

4. Não desconheço os precedentes. Nem tantos outros que lhes repetem o aparente axioma.

5. Mas a questão é mais complexa.

6. Basta notar como é freqüente que as decisões que deferem ou denegam a suspensão de liminares ou acórdãos concessivos de segurança não se furtem à delibação do mérito do mandado de segurança, malgrado a façam anteceder quase sempre da concessão de que, em princípio, a ela não caberia proceder.

7. Não é peculiar no Brasil certa dificuldade de reconhecerem os juízes, em processos similares ao da suspensão de segurança, que a delibação da controvérsia subjacente compõe as premissas reais da decisão, ainda que muitas vezes não explicitada.

(...)

9. Da minha parte, convenço-me, cada dia mais, de que, também na suspensão de segurança, esse juízo de delibação – ao menos na estrita medida necessária à verificação da plausibilidade jurídica da resistência oposta pelo Estado à impetração –, é quase sempre inevitável.

(...).

15. Ora, não há regra nem princípio segundo os quais – sendo ela mesma uma medida cautelar, mas ao contrário do que em todo provimento cautelar sucede – a contracautela na suspensão de segurança devesse dispensar o pressuposto do *fumus boni iuris* que, no particular, se substantiva na probabilidade de que, mediante o provimento do recurso futuro, venha a prevalecer a resistência à pretensão do impetrante.

16. Não importa que as leis (L. 4.348/694, art. 4º; L. 8.038/90, art. 25) e, neste Tribunal, o art. 297 do Regimento Interno, se limitem a explicitar, como finalidade da medida suspensiva, a de “evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”: a finalidade de todo provimento cautelar é sempre o de obviar o *periculum in mora*, cuja verificação, no caso concreto, pende, contudo, da concorrência do *fumus boni iuris*, sem a presença do qual perde sentido, na visão eminentemente instrumental do processo, salvaguardar o improvável.

(...)

19. Certo, são valores públicos eminentes – a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas –, aquele que, de modo específico, entre nós, a suspensão de segurança visa proteger.

20. Nem por isso, por si sós, justificariam a medida, se os riscos corridos não se qualificassem pela probabilidade de verificar-se ao final que não os sobreleva o direito líquido e certo do impetrante.

21. A suspensão de segurança, em outros termos, não é moratória a conceder-se à Administração Pública para protrair a satisfação do direito subjetivo do particular, que se entremoste indubitado: é sim, repita-se, contracautela que sobrepõe, à regra geral da eficácia imediata da sentença concessiva da liminar ou da segurança, a necessidade de prevenir riscos a interesses públicos privilegiados para a hipótese viável de vir a ordem a ser finalmente denegada.²⁴⁶

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 846. Rel. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, 08 nov. 1996.

No julgamento do AgRg na SS 1149/PE, referindo-se às razões de decidir do acórdão retro citado como “a nova orientação” do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, o Min. Sepúlveda Pertence corroborou suas conclusões anteriores sobre a temática, acrescentando as seguintes considerações:

Verdadeiramente inconciliável com o Estado de Direito e a garantia constitucional da jurisdição seria o impedir a concessão ou permitir a cassação da segurança concedida, com base em motivos de conveniência política ou administrativa, ou seja, a superposição ao direito do cidadão das “razões de Estado”.

Não é o que sucede com a suspensão de segurança, que não tem por objeto a sustação do cumprimento de decisão transitada em julgado, mas apenas a da execução provisória de decisão recorrível.

Assim como a liminar ou a execução provisória de decisão concessiva de mandado de segurança, quando recorrível, são modalidades criadas por lei de tutela cautelar do direito provável – mas ainda não definitivamente acertado do impetrante –, a suspensão dos efeitos, nas hipóteses excepcionais, igualmente previstas em lei, é medida de contracautela com vistas a salvaguardar, contra o risco de grave lesão a interesses públicos privilegiados, o efeito útil do êxito provável do recurso de entidade estatal: reporto-me às observações feitas a propósito na AGSS 846, de 29.5.96.

Por isso mesmo, revendo entendimento a que ainda se apegava o agravante, o Tribunal abandonou o preconceito segundo o qual, ao deferimento da suspensão de segurança, seria de todo estranha a indagação, ainda que em juízo de delibação, da plausibilidade das razões jurídicas opostas pelo Estado à sentença cuja eficácia se pretenda suspender.²⁴⁷

A submissão da suspensão de segurança aos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora* tem como efeito reduzir o instrumento a mero provimento cautelar, semelhante em seus requisitos e efeitos às demais medidas da espécie que já encontram previsão em nosso Processo Civil. Tratar-se-ia, portanto, no incidente de suspensão de segurança, da possibilidade de o Poder Público repetir, diante do presidente do tribunal, pleito de sustação dos efeitos de decisão judicial idêntico ao que já lhe é dado formular, assim como a todos os litigantes, perante o juízo natural para a apreciação do recurso cabível contra a mesma decisão.

De fato, a legislação processual brasileira prevê a hipótese de concessão de efeito suspensivo ao recurso interposto pela parte legitimada quando reconhecida a urgência da medida e a probabilidade de revisão da decisão impugnada. A instituição da suspensão de segurança como mais uma instância de controle da eficácia provisória dos provimentos judiciais exarados em desfavor do Poder Público retira boa parte de sua justificativa prática,

²⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 1149. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, 09 mai. 1997.

tendo em vista, inclusive, o fato de já se encontrarem os magistrados incumbidos da tarefa de analisar a presença do denominado *periculum in mora inverso* quando da apreciação dos pedidos de liminar formulados nos feitos de sua competência.

A vinculação da suspensão de segurança ao resultado futuro do recurso interposto contra a decisão objeto do incidente não se adequa, ainda, à regulamentação conferida ao instituto pelos parágrafos 5º e 6º do art. 4º da Lei nº 8.437, de 1992, e pelos parágrafos 2º e 3º do art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009, que, além de admitirem a possibilidade de concessão da suspensão de segurança “quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar”, afirmam que a interposição do agravo de instrumento “não prejudica nem condiciona” o julgamento da suspensão de segurança.

A aplicação do regime das medidas cautelares à suspensão de segurança é a forma mais simples de compatibilizar o instrumento com a ordem constitucional vigente, retirando o caráter de excepcionalidade do instituto e impedindo seja utilizado para a manutenção dos efeitos de atos administrativos contrários ao direito. O preço a pagar pela adoção de tal entendimento, porém, é o do relativo esvaziamento do instituto, conferindo-lhe feições diversas das que parecem lhe conferir a legislação.

CAPÍTULO III – A SUSPENSÃO DE SEGURANÇA COMO MEDIDA DE EXCEÇÃO

A caracterização da suspensão de segurança como instrumento de natureza político-administrativa é objeto de considerável aceitação na jurisprudência pátria, encontrando-se no fundamento da maior parte das decisões adotadas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal nos processos da espécie. Segundo tal entendimento, é vedada, em sede de suspensão de segurança, a análise da juridicidade da decisão proferida na origem, baseando-se o julgamento do incidente exclusivamente no potencial lesivo para o interesse público da realização prática do comando judicial impugnado.

Tratar-se-ia, portanto, a suspensão de segurança, de autorização excepcional conferida ao Poder Judiciário para decidir em bases extrajurídicas, permitindo-se a sustação, mediante atividade eminentemente política, de determinações judiciais perfeitas do ponto de vista do direito. A decisão de suspensão de segurança seria dotada da eficácia de excepcionar a aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto determinado, com o objetivo de resguardar os valores ordem, saúde, segurança e economia públicas.

Referido posicionamento é impugnado de forma amplamente majoritária pela doutrina nacional sob a acusação de redundar na total subversão de nosso sistema constitucional, na medida em que admite a sobreposição da competência jurisdicional pela competência administrativa. Argumenta-se, nesse sentido, a inviabilidade da postulação teórica que, apesar de caracterizar como ato administrativo a determinação adotada pelo presidente do tribunal no incidente de suspensão de segurança, pretende submeter-lhe a eficácia de decisão judicial.

Como alternativa à caracterização da suspensão de segurança como medida político-administrativa, encontra-se na literatura dedicada ao tema a proposta de conceituação do instituto como instrumento vocacionado à realização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Apesar de se sustentar a impertinência, para o julgamento da suspensão de segurança, da análise da juridicidade dos argumentos apresentados pelo Poder Público em juízo, a ancoragem do incidente no ordenamento jurídico estaria garantida pela referência ao mencionado princípio, destinando-se o sacrifício temporário dos direitos individuais decorrente da sustação dos efeitos das decisões judiciais respectivas à garantia de interesses da coletividade extraídos diretamente da Constituição de 1988.

A concessão da ordem de suspensão de segurança, segundo tal interpretação, não encontra fundamento em razões de natureza política, mas em argumentação essencialmente jurídica, referente à superioridade conferida aos interesses coletivos em nosso regime constitucional. Tratar-se-ia, portanto, a suspensão de segurança, de instrumento à disposição da realização do interesse público, corolário de uma diretriz constitucional que determina seja privilegiada a tutela dos interesses coletivos quando em conflito com interesses individuais.

O resultado prático de ambas as referidas construções teóricas é o mesmo: a suspensão de segurança funciona como medida de exceção, conferindo-se aos presidentes dos tribunais o poder de sustar os efeitos de decisões judiciais por razões alheias àquelas constantes da lei. A salvaguarda de interesses enunciados pelo Poder Público é colocada acima da vigência do ordenamento jurídico-constitucional, prevalecendo, na prática, uma situação fática que nega a imperatividade de seus comandos.

A proximidade entre as mencionadas concepções da suspensão de segurança decorre da íntima relação que mantêm o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a doutrina das razões do estado, característica, esta, dos antigos regimes monárquicos absolutistas. A adoção do referido princípio como fundamento de nosso Direito Administrativo tem como resultado a sobrevivência das práticas autoritárias dos referidos regimes em nossa Administração Pública, representando verdadeiro obstáculo à sua efetiva constitucionalização e submissão à lei, necessárias à eliminação dos privilégios típicos do Estado soberano que contraditoriamente caracterizam a atuação do Poder Público em nosso país ainda nos dias de hoje.

Os direitos fundamentais encontram-se no núcleo do Estado Democrático de Direito, devendo receber tratamento prioritário quando em confronto com outros interesses coletivos ou individuais aos quais não tenha o ordenamento jurídico-constitucional conferido igual dignidade. O exercício do poder do Estado se legitima pela realização dos direitos fundamentais, que, além de garantirem ao indivíduo determinadas posições contra as intervenções públicas, fornecem, através de sua dimensão objetiva, os elementos estruturantes da organização estatal e da vida em comunidade.

O caráter geral e irrestrito da limitação aos direitos fundamentais que se observa na cláusula da supremacia do interesse público sobre o privado demonstra sua inadequação com nosso atual sistema constitucional. A realização dos direitos fundamentais não pode permanecer dependente de decisões discricionárias da Administração Pública sobre o

conteúdo do interesse público, que, segundo a referida cláusula, prevaleceriam sobre as prescrições contidas no ordenamento jurídico.

A atuação administrativa deve ter a legalidade como parâmetro definitivo, afastando-se a possibilidade de aplicação de uma regra de preferência abstrata pelos interesses coletivos em detrimento dos interesses privados. A definição do interesse público se realiza através da ponderação dos interesses em conflito, realizada à luz dos comandos abstratos extraídos do ordenamento jurídico e das circunstâncias fáticas do caso concreto em análise.

3.1 A posição jurisprudencial sobre a natureza jurídica da suspensão de segurança e sua caracterização como medida de exceção

A jurisprudência de nossos tribunais é amplamente majoritária no sentido de que a suspensão de segurança é instrumento de natureza político-administrativa, capaz de ensejar, com base em argumentos extrajurídicos, a sustação dos efeitos de determinação judicial perfeita do ponto de vista do direito. Segundo tal entendimento, o julgamento da suspensão de segurança se baseia, tão somente, no potencial lesivo, para os interesses apontados pelo Poder Público, da decisão judicial de origem, estando vedada a análise de sua juridicidade.

Essa linha de entendimento vem sendo adotada reiteradamente pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo ilustrativa decisão proferida no AgRg na SLS nº 1.659²⁴⁸, quando a Corte Especial do referido tribunal asseverou a impossibilidade de discussão, em sede de suspensão de segurança, da “matéria de mérito da ação originária”, que “transcende os estreitos limites do pedido de suspensão, cujo juízo político tem cabimento apenas para se evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas”. Sob o argumento de se tratar de procedimento que não possui natureza jurisdicional, mas, sim, política, o referido tribunal alberga o entendimento de que, em regra, não cabe Recurso Especial contra as decisões concessivas de suspensão de segurança.²⁴⁹

²⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SLS 1659. Rel. Min. Felix Fischer. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 22 mai. 2013.

²⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1284520. Rel. Min. Humberto Martins. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 08 mar. 2013.

O Supremo Tribunal Federal também vem reconhecendo o caráter político-administrativo da suspensão de segurança²⁵⁰, adotando a posição de que cabe ao presidente do tribunal, ao apreciar o incidente, “proferir juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal (...) não se admitindo, entretanto, exame profundo de mérito da causa, sob pena de atribuir ao incidente de suspensão indevido caráter substitutivo de recurso”.²⁵¹

Em artigo publicado sobre a matéria, a Min. Ellen Gracie defende a tese da natureza político-administrativa da suspensão de segurança, afirmando que o “ato presidencial não se reveste de caráter revisional, nem se substitui ao reexame jurisdicional na via recursal própria”, sendo possível “que a liminar ou sentença sejam juridicamente irretocáveis mas, ainda assim, ensejem risco de dano aos valores que a norma buscou proteger e, portanto, antes do trânsito em julgado, devam seus efeitos permanecer sobrestados”.²⁵² Sublinha, ademais, se tratar o instituto de “autorização excepcional” conferida aos presidentes dos tribunais, que exerceriam “atividade eminentemente política avaliando a potencialidade lesiva da medida concedida e deferindo-a em bases extra-jurídicas”, concluindo que, ao passo em que não se “examina o mérito da ação, nem questiona a juridicidade da medida atacada, é com discricionariedade própria de juízo de conveniência e oportunidade que a Presidência avalia o pedido de suspensão”.²⁵³

Posicionamento análogo é sustentado por José Manoel de Arruda Alvim Netto, para quem os “fundamentos em decorrência dos quais é possível solicitar juto ao Tribunal que irá conhecer do recurso a suspensão de liminar ou da sentença (...) não são, propriamente, motivos lastreados em Direito”.²⁵⁴ Argumentava o autor, quando ainda não se admitia a utilização do recurso de agravo contra as decisões de deferimento de liminar em mandado de segurança, a possibilidade de ajuizamento de novo mandado de segurança pela Fazenda Pública, posto não se caracterizar como instância recursal a suspensão de segurança, que “nada tem a ver com a legalidade/ilegalidade intrínseca do ato administrativo e, por isso

²⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 2255. Rel. Min. Maurício Corrêa. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 abr. 2004.

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 4140. Rel. Min. Cezar Peluso. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 abr. 2011.

²⁵² NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v.97, jan. 2000. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 02.09.13. s.p.

²⁵³ Ibidem, s.p..

²⁵⁴ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de segurança contra decisão que nega ou concede liminar em outro mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v.80, out.1995. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 02.09.13. s.p.

mesmo, também, nada tem a ver, com uma juridicidade da decisão que haja concedido medida liminar”.²⁵⁵

A suspensão de segurança, segundo tal interpretação, funciona como medida de exceção, capaz de subtrair determinado caso concreto da incidência do ordenamento jurídico. Trata-se da instituição, com a finalidade de garantir a utilidade pública, de um hiato na vigência do direito, que deixa de se aplicar à hipótese em julgamento em razão das circunstâncias fáticas presentes.

Nesse sentido, a decisão exarada pelo Poder Judiciário no incidente de suspensão de segurança não encontra fundamento na ordem jurídica objetiva, na medida em que a espécie normativa destinada, em tese, a regular o caso em análise, apesar de se manter vigente, tem sua eficácia prática suspensa. A lei, em outras palavras, não sofre qualquer modificação, mas o Poder Público é autorizado, em caráter excepcional, a inobservar os direitos que dela decorrem.

Observa-se, de tal forma, um desvio da legalidade destinado à resolução de uma questão pontual ou, ainda, a adoção de uma alternativa a uma resposta inadequada conferida pelo ordenamento jurídico quando confrontado com uma realidade fática imprevista. Cuida-se, assim, da concessão ao Poder Judiciário, mediante a devida provocação, do poder de, a fim de evitar prejuízo relevante para a utilidade pública, decidir sobre a presença, na hipótese apresentada, das condições fáticas que autorizam a vigência do direito.

O deferimento da ordem de suspensão de segurança faz com que a avaliação da conduta administrativa deixe de encontrar no direito o seu parâmetro definitivo, ganhando relevo a análise dos meios que emprega para contemplar a utilidade pública. Os valores sobre os quais erigidos a sociedade são abandonados por um instante, coadunando-se com a eficácia de uma decisão administrativa contrária ao ordenamento jurídico-constitucional e o consequente sacrifício dos direitos individuais por ela afetados com vistas a garantia dos interesses imediatos da coletividade.

A suspensão de segurança, portanto, exclui a conduta da Administração Pública do controle judicial, dando ensejo a um cenário em que prevalece, sobre a concepção adotada na lei e na Constituição, o entendimento governamental acerca do interesse público. A decisão administrativa, antes considerada ilegal, passa a vigorar com força de lei, enquanto os

²⁵⁵ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de segurança contra decisão que nega ou concede liminar em outro mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v.80, out.1995. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 02.09.13. s.p.

dispositivos normativos referentes à hipótese permanecem inaplicáveis, vigorando como pura forma de lei.

É interessante notar que a discussão a respeito da limitação das hipóteses de suspensão de segurança coincide com o debate sobre a impossibilidade de controle da exceção através do prévio estabelecimento de suas hipóteses de aplicação e, ainda, das medidas extraordinárias passíveis de adoção. Referindo-se, com efeito, a exceção, a situações extremas, que, por definição, estão fora do âmbito da normalidade, não é possível que a lei calcule com precisão e antecedência as circunstâncias capazes de autorizar sua decretação, ficando, ainda, a justificação das providências adotadas em seu curso a depender do estado de coisas existente.

Conforme visto no capítulo anterior, a legislação de regência da suspensão de segurança, salvo no período em que vigorou o art. 13 da Lei nº 1.533, de 1951, tem como padrão elencar, expressamente, as hipóteses em que autorizada a utilização do instrumento. A respeito do tema, é importante ressaltar a já mencionada objeção apresentada por Themistocles Brandão Cavalcanti às restrições impostas à utilização da suspensão de segurança pela legislação de seu tempo, que mencionava ordem, saúde e segurança públicas. Na visão do autor, apenas as peculiaridades de cada caso concreto são capazes de justificar o uso da suspensão de segurança, não sendo prudente a prévia limitação das hipóteses de aplicação do instituto, que deveriam ser controladas diretamente pela autoridade judiciária competente para a sua apreciação.²⁵⁶

Relativamente à normatização vigente nos dias de hoje, há quem defenda, em razão da “natureza indisponível e metaindividual do objeto de tutela” dos pedidos de suspensão de segurança, a utilização do instituto nas hipóteses de ameaça de grave lesão a quaisquer valores que “correspondam ontologicamente ao conceito de *interesse público*”. Nesse sentido, “a alusão aos valores sociais expressamente mencionados pela legislação” seria meramente exemplificativa, não podendo ser a mesma utilizada com a finalidade de restringir o escopo da medida excepcional.²⁵⁷

Nada obstante o referido posicionamento, é de se reconhecer que a amplitude em que estabelecidas as hipóteses de autorização da suspensão de segurança dificulta a exclusão das decisões administrativas do escopo do instrumento, sendo praticamente impossível a

²⁵⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966, p.152-154.

²⁵⁷ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.137

ocorrência de uma decisão judicial desfavorável ao Poder Público que não tenha, no mínimo, relação com os bens jurídicos ordem, saúde, segurança e economia públicas. O próprio conceito de ordem pública, considerado isoladamente, confere tamanha abertura ao cabimento da suspensão de segurança que permite seja a mesma potencialmente utilizada em qualquer hipótese.²⁵⁸

A abrangência do conceito de ordem pública pode ser observada na decisão adotada pelo Min. Néri da Silveira na SS nº 4.405²⁵⁹, quando oficiava ainda perante o extinto Tribunal Federal de Recursos. Na oportunidade, o referido magistrado incluiu na ordem pública “a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da administração, pelas autoridades constituídas”. Tal entendimento sobre a definição de ordem pública veio a se tornar o padrão na prática da suspensão de segurança, recorrendo com frequência à citação do referido julgado, inclusive, o Supremo Tribunal Federal.²⁶⁰

A profunda indeterminação do conceito de ordem pública, cujo conteúdo dificilmente poderia ser definido com base em critérios rigidamente objetivos, faz com que seja o mesmo genérica e constantemente empregado pelo Poder Público ao formular seus pedidos de suspensão de segurança. A doutrina sugere que a abrangência excessiva da hipótese legal referente à ordem pública é responsável pela disseminação da ideia de que a suspensão de segurança possui natureza política, tendo em vista o largo espaço de atuação que concede ao presidente do tribunal, contribuindo para a ideia de que a concessão da medida dependeria exclusivamente do juízo de discricionariedade da referida autoridade judiciária.²⁶¹

Além da virtual ilimitação de suas hipóteses de cabimento, a suspensão de segurança tem, ainda, como característica a corroborar sua definição como medida de exceção, o fato de inexistir, na normatização legal do instituto, qualquer restrição a seu escopo. Assim, da mesma forma como as medidas extraordinárias adotadas durante o período de exceção não

²⁵⁸ Destaca-se que o conceito de ordem pública é tão amplo que chega, inclusive, a abranger, em vários precedentes jurisprudenciais, os demais conceitos de saúde, segurança e economia públicas. Cf. SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.92.

²⁵⁹ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. SS 4405. Rel. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, 01 dez. 1979.

²⁶⁰ Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 4178. Rel. Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 abr. 2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 627. Rel. Min. Octavio Gallotti. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 abr. 1994. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS 300. Rel. Min. Néri da Silveira. *Diário da Justiça*, Brasília, 30 abr. 1992.

²⁶¹ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.138.

são autorizadas em um prévio ato regulamentar, sendo permitida a adoção de quaisquer providências que se fizerem necessárias segundo as circunstâncias fáticas presenciadas, admite-se, no incidente de suspensão de segurança, a suspensão de decisões judiciais baseadas em quaisquer dispositivos presentes em nosso ordenamento jurídico, concebendo-se a sustação dos efeitos, inclusive, de direitos fundamentais e outros preceitos nucleares de nossa Carta Constitucional.

A grande maioria dos autores que se dedicam ao estudo da suspensão de segurança rejeita o posicionamento que concede natureza político-administrativa ao instrumento, afirmando redundar tal entendimento na total subversão do sistema constitucional vigente²⁶². Argumenta-se, nesse sentido, a impossibilidade de compatibilizar o princípio da separação de poderes inscrito na Constituição de 1988 com a sobreposição da competência administrativa à competência jurisdicional que advém da conceituação da ordem de suspensão de segurança como ato administrativo capaz de regular os efeitos de decisão judicial.

3.2 A caracterização da suspensão de segurança como instrumento de realização do interesse público e a crítica do princípio da supremacia do interesse público

Como solução aos problemas apresentados pela conceituação da suspensão de segurança como providência de cunho político-administrativo, a doutrina nacional, em sua parcela majoritária, caracteriza o incidente como mecanismo voltado à efetivação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A prerrogativa processual deferida ao Poder Público de solicitar a paralisação da eficácia da decisão judicial a ele desfavorável, sacrificando, temporariamente, a realização dos interesses privados envolvidos na lide, encontraria fundamento numa diretriz constitucional segundo a qual a tutela dos interesses coletivos deve ser privilegiada quando em conflito com interesses individuais.

Segundo os adeptos da referida concepção teórica, não se trata, em sede de suspensão de segurança, da análise da juridicidade da decisão proferida na instância inferior, mas, sim, da verificação do potencial de vir a mesma a causar grave lesão às modalidades de interesse

²⁶² Nesse sentido: ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público*. São Paulo: Saraiva, p.136-137. VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.54. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.92. SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.49.

público elencadas nos arts. 4º da Lei nº 8.437, de 1993, e 15 da Lei nº 12.016, de 2009. Em outras palavras, a sustação dos efeitos do ato jurisdicional originário independeria de sua conformidade com o direito, sendo possível a suspensão de uma decisão judicial juridicamente perfeita.

Marcelo Abelha Rodrigues reconhece na suspensão de segurança um “nítido colorido de opção legislativa pela proteção imediata do interesse público em ‘sacrifício’ de outro interesse de uma dimensão mais restrita”, apontando o referido princípio constitucional da supremacia do interesse público como a razão de ser do instituto. O instituto teria por escopo privilegiar os interesses da coletividade “no exato sentido de que o Estado Democrático deve tanto quanto possível servir a todos”, ainda que para isso seja necessário fazer limitações a outros interesses.²⁶³

Na visão do autor, o *poder de supremacia do estado* se justifica em função da tutela dos interesses difusos, tarefa precípua do Estado Social. A salvaguarda de direitos como o direito ao meio ambiente, à saúde, à educação, aos quais a Constituição confere especial relevo, poderia, com base num juízo de proporcionalidade, ser invocada para legitimar a restrição de outros direitos fundamentais que com eles viessem a colidir.²⁶⁴

Nesse sentido, a suspensão de segurança teria como finalidade a promoção dos direitos difusos incluídos nos conceitos de ordem, saúde, segurança e economia públicas, de cuja promoção e garantia o próprio texto constitucional teria incumbido o Estado.²⁶⁵ Tratar-se-ia, portanto, de prerrogativa processual decorrente dos reflexos da normatização dos interesses da sociedade que são geridos pelo Poder Público.²⁶⁶

A função do órgão jurisdicional competente para julgar a suspensão de segurança não seria a de corrigir a decisão originária, mas, única e tão somente, a de avaliar a possibilidade de o provimento judicial vir a colocar em risco os interesses públicos elencados na legislação. O mérito da suspensão de segurança não se confundiria com o mérito da causa principal, sendo as razões capazes de justificar o deferimento do incidente alheias à juridicidade da decisão originária.²⁶⁷

²⁶³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança*: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.118.

²⁶⁴ Ibidem, p.119.

²⁶⁵ Idem, p.120-121.

²⁶⁶ Idem, p.121.

²⁶⁷ Idem, p.123.

Fica claro, portanto, que, ainda na doutrina de Marcelo Abelha Rodrigues, a suspensão de segurança não teria o efeito de ensejar a devolução da matéria discutida no processo principal, não se cogitando da reforma ou da anulação do provimento jurisdicional atacado. O incidente teria como objeto exclusivamente os efeitos e, não, o conteúdo da decisão originária, que, mesmo suspensa, permaneceria “intacta, inalterada e imune”, somente podendo ser modificada através da utilização do recurso adequado.²⁶⁸

O autor rechaça a tese do *fumus boni iuris* como requisito para a concessão da suspensão de segurança, reafirmando que a injuridicidade da decisão não faz parte da causa de pedir do incidente, sendo vedado ao presidente do tribunal corrigir a decisão que deu ensejo ao pedido de suspensão.²⁶⁹ Esclarece, ainda, que, diferentemente do que ocorre no México e na Argentina, a verificação da potencialidade da lesão ao interesse público não é requisito negativo para a concessão das liminares contra o Poder Público no Brasil, não sendo a decisão capaz de causar gravame ao interesse público, necessariamente, equivocada do ponto de vista jurídico. A suspensão de segurança encontraria fundamento em uma afirmação de mero interesse, o qual, repita-se, não é objeto de consideração quando da prolação da decisão em desfavor do Poder Público.²⁷⁰

Apesar de discordar de Marcelo Abelha Rodrigues a respeito da natureza processual da suspensão de segurança, entendendo não se tratar de incidente processual, mas, sim, de ação cautelar, Elton Venturi chega a conclusões semelhantes às do professor capixaba quanto à finalidade do instituto. A despeito de caracterizar o incidente como “verdadeira *ação cautelar* especial de tutela material de interesses ou direitos difusos, correlatos ao interesse público primário”²⁷¹, o autor afirma que o *fumus boni iuris* da suspensão de segurança é diferente do aplicável às ações cautelares, ao passo em que não diz respeito “à plausibilidade de a demanda instaurada contra o Poder Público vir a ser julgada procedente ao final”, sendo “referível direta e imediatamente” à necessidade de acautelar a ordem, saúde, segurança e economia públicas.²⁷²

Para Elton Venturi, o deferimento da suspensão de segurança não pode ser respaldado na “injuridicidade da tese expendida na demanda intentada contra o Poder

²⁶⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.159.

²⁶⁹ Ibidem, p.134-135.

²⁷⁰ Idem, p. 201.

²⁷¹ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.71.

²⁷² Ibidem, p.162.

Público”²⁷³, relacionando-se a cautelaridade que marca o incidente “não exatamente com a salvaguarda do resultado útil do processo que eventualmente hospeda o pedido de suspensão, mas sim com o próprio direito substancial de cautela do interesse público primário”.²⁷⁴

O autor reafirma o entendimento de que a suspensão de segurança não se destina a alterar ou cassar a decisão originária, dizendo respeito apenas à possibilidade de suspensão de uma decisão judicial potencialmente prejudicial ao “interesse público”. O deferimento da suspensão de segurança estaria absolutamente desvinculado do mérito da pretensão veiculada no processo originário, não se justificando, sob pena de subversão do regime preconizado na legislação e de usurpação da competência jurisdicional atribuída aos tribunais para o julgamento dos recursos cabíveis, a análise da viabilidade do direito alegado pelo Poder Público.²⁷⁵

Apesar da desvinculação da suspensão de segurança do mérito da ação originária, Elton Venturi afirma que a mesma não é decidida com base em motivos extrajurídicos ou puramente discricionários, mas com base em critério jurídico, o princípio da proporcionalidade. Para ele, o juízo de ponderação calcado no referido princípio é o instrumento a ser utilizado para a legitimação da decisão proferida em sede de suspensão de segurança, resolvendo os casos de contraposição de interesses que, apesar de legítimos, não possam ser tutelados simultaneamente.²⁷⁶

Por intermédio do princípio da proporcionalidade seria possível “objetivar critérios para a definição da melhor medida jurisdicional que deve acarretar, tanto quanto possível, um máximo proveito aos interesses mais relevantes, com um mínimo de sacrifício aos interesses contrapostos”.²⁷⁷ Esses interesses mais relevantes, que devem ser tutelados de forma privilegiada pela suspensão de segurança, são extraídos, em uma primeira definição oferecida pelo autor, de um juízo de ponderação em que se afasta “de plano qualquer pré-avaliação abstrata acerca de categorias de interesses prevalecentes em detrimento de outros”.²⁷⁸

Em uma segunda passagem da mesma obra, porém, Elton Venturi afirma que “o emprego dos pedidos de suspensão pelo Poder Público já traz consigo forte apelo às ‘razões

²⁷³ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.162.

²⁷⁴ Ibidem, p.72.

²⁷⁵ Idem, p.160.

²⁷⁶ Idem, p.215.

²⁷⁷ Idem, p.209.

²⁷⁸ Idem, p.215.

de Estado”²⁷⁹, cabendo ao magistrado, quando impossível conciliar duas situações em que as partes alegarem a irreparabilidade, priorizar a tutela coletiva em detrimento da individual, aplicando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Posteriormente, se, com o trânsito em julgado da decisão proferida no processo principal, ficar demonstrado o equívoco da opção pela tutela do interesse da coletividade, caberia ao ente público envolvido ressarcir todos os prejuízos sofridos pelo particular.²⁸⁰

Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezzini também se filia ao posicionamento de que ora se trata, defendendo residir o fundamento da suspensão de segurança no fato de não serem absolutos os direitos fundamentais, encontrando limites nos demais direitos igualmente consagrados na Constituição. O especial mecanismo de proteção dos interesses da coletividade teria como finalidade evitar o sacrifício total de determinados direitos em relação aos demais, “realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, a fim de alcançar a harmonia do Texto Constitucional”.²⁸¹ Nesse sentido, o autor ressalta que os conceitos elencados na legislação para justificar a suspensão de segurança são referidos na lei de maneira ampla, “sem uma definição específica”, justamente porque representam valores atinentes ao próprio Estado Democrático de Direito.²⁸²

A suspensão de segurança, na visão de Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezzini, é medida “de caráter provisório, com natureza cautelar, que suspende o cumprimento da determinação passível de causar dano a um dos valores referidos (saúde, segurança...), não a reforma ou modifica, assim como não aborda o mérito respectivo”.²⁸³ O autor ressalta que, na suspensão de segurança, não ocorre a devolução da matéria jurídica em debate, sempre se fundando a decisão do incidente em motivos “extra-autos”, que “não devem guardar relação com o mérito da demanda de ‘origem’, ou ‘principal’”, sendo “típicas razões de interesse público, que transcendem os pontos discutidos no processo”.²⁸⁴

Os aspectos analisados na suspensão de segurança não guardariam relação com o direito, independentemente o deferimento da medida do desrespeito à legislação ou à Constituição pela decisão de origem. O autor é peremptório em afirmar que “ainda que haja flagrante desrespeito, por exemplo, à legislação processual, ou à própria Constituição, não estarão

²⁷⁹ VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.256.

²⁸⁰ Ibidem, p.265.

²⁸¹ SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.49.

²⁸² Ibidem, p.83.

²⁸³ Idem, p.13.

²⁸⁴ Idem, p.77.

preenchidos os requisitos para concessão da medida”.²⁸⁵ A cautelaridade da suspensão de segurança estaria atrelada, portanto, não ao resultado útil do processo, mas à proteção “de um bem maior, o interesse público, garantido constitucionalmente”.²⁸⁶

No final de sua exposição, porém, Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezzini abre uma brecha para a legalidade na conformação que dá à suspensão de segurança, afirmando que, em se tratando de atuação administrativa manifestamente ilegal ou inconstitucional, não deve ser deferido o pedido respectivo. Logo na sequência, contudo, o autor reduz ao mínimo o conteúdo de sua assertiva anterior, esclarecendo que “não significa dizer que o acerto ou desacerto da decisão deva ser considerado”, cabendo a verificação apenas de aspectos metajurídicos na via estreita da suspensão de segurança.²⁸⁷ A matéria jurídica, portanto, permaneceria como um requisito negativo para a concessão da suspensão de segurança, impedindo a sustação do efeito de decisões nas hipóteses em que patente a desrazão dos argumentos sustentados pelo Poder Público.

É importante notar a existência de certa inconsistência na argumentação de Jorge Tadeo Goffi Flaquer Scartezzini, quando, recorrendo a citação de Cassio Scarpinella Bueno, afirma que a decisão da suspensão de segurança não é proferida à margem do direito positivo, uma vez que a mesma diz respeito ao interesse público, e o interesse público em “um Estado Democrático de Direito só poderá existir se estiver inserido nos limites impostos pela ordem jurídica aos particulares e ao Estado”.²⁸⁸ O autor afirma, ainda, que o interesse público é “aquele que a Constituição e a lei deram tratamento especial, portanto, fim público é aquele perseguido (poder-dever) pelo Estado, nos limites do regime jurídico de direito público”, bem como que o “interesse público a ser protegido deverá necessariamente estar abrangido pela ordem jurídica e a decisão da suspensão deverá estar devidamente fundamentada, sob pena de nulidade”.²⁸⁹

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular tem sua mais conhecida definição na dogmática do Direito Administrativo brasileiro na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que discorre sobre o referido princípio nos termos seguintes:

²⁸⁵ SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.93.

²⁸⁶ Ibidem, p.78.

²⁸⁷ Idem, p.105.

²⁸⁸ Idem, p.104.

²⁸⁹ Idem, p.104-105.

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.²⁹⁰

Diogenes Gasparini, no mesmo sentido, defende que a necessidade de fazer prevalecer o interesse público sobre o particular é o grande princípio informativo do Direito Público, sustentando a impossibilidade de se imaginar um cenário em que o interesse unitário triunfe sobre o interesse da coletividade.²⁹¹ Hely Lopes Meirelles, por sua vez, afirma que “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral”.²⁹²

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é utilizado para justificar os privilégios e a posição de primazia da Administração Pública diante dos particulares. Celso Antônio Bandeira de Mello informa que são três as consequências decorrentes do referido princípio: (i) a “posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares”, (ii) a “posição de supremacia do órgão nas mesmas relações” e (iii) as “restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.”²⁹³ Humberto Ávila, que, como se verá, é um dos adversários da ideia da supremacia do interesse público, afirma, em tom pejorativo, que o princípio em tela tem como conteúdo a pressuposição da possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular, cuja solução deve se dar, *in abstracto* e *a priori*, em favor do interesse público.²⁹⁴

A Constituição de 1988 não traz previsão expressa do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. A doutrina que defende sua aplicação à Administração Pública brasileira o extrai do “espírito” do sistema constitucional vigente, como o faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, com a finalidade de justificar a presença do referido princípio em nosso ordenamento jurídico, faz menção aos dispositivos constitucionais que, diante de hipóteses determinadas de conflito entre interesses públicos e privados, optam por conferir

²⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.69.

²⁹¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.19.

²⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34.ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008, p.19.

²⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p.70.

²⁹⁴ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.174-176.

prevalência aos primeiros. Nesse sentido, a autora cita, entre outros exemplos, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII) e as ações coletivas para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III), a eleição do bem-estar e da justiça sociais como objetivos da ordem social (art. 193) e a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de todos e bem de uso comum do povo (art. 225).²⁹⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, condição mesma de sua existência. Tratando-se, portanto, de pressuposto lógico do convívio social, desnecessária seria sua previsão em dispositivo específico da Constituição, que, por outro lado, albergaria inúmeras manifestações concretas dele, a exemplo dos princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor e do meio ambiente (art. 170, III, V e VI) e, especificamente quanto ao Direito Administrativo, dos institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, incisos XXIV e XXV).²⁹⁶ Desenvolvendo a mesma linha de raciocínio, Diogenes Gasparini ainda acrescenta às hipóteses precedentes, a rescisão do contrato administrativo por interesse da Administração e a imposição de obrigações aos particulares por ato unilateral da Administração, do que seria exemplo a servidão administrativa.²⁹⁷

Arnaldo Godoy alerta para a tendência atual de modernização do Direito Administrativo, calcada na necessidade de constitucionalização da matéria, com a consequente superação do dogma da supremacia do interesse público sobre o particular. O autor ressalta a disputa que hoje se observa na doutrina brasileira entre aqueles que, como os citados Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogenes Gasparini e, ainda, José dos Santos Carvalho Filho, defendem a fundação do Direito Administrativo sobre o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e, de outro lado, autores como Humberto Ávila, Marçal Justen Filho, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm e Alexandre Santos Aragão, que propõem uma “desconstrução” do princípio em tela.²⁹⁸

²⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.97.

²⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.99.

²⁹⁷ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.19.

²⁹⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Tipologias conceituais de interesse público: história, literatura, doutrina e jurisprudência. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 9, n.105, nov. 2009, p.1-15.

A tendência de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular passa pelo entendimento de que a adoção do mencionado princípio tem como efeito a reprodução, em nosso Direito Administrativo, das práticas características dos antigos regimes absolutistas. A proximidade do princípio em tela com a doutrina das *razões de Estado*, típica de referidos regimes, vê-se muito claramente nas citadas passagens em que Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁹ afirma que a sobrevivência da comunidade e dos próprios indivíduos depende da supremacia do interesse público sobre o privado.

A doutrina das razões de Estado postula que a segurança do Estado é uma exigência de tal importância que sua garantia justifica a violação de regras jurídicas, morais, políticas e econômicas consideradas imperativas em tempos de normalidade.³⁰⁰ A formulação inicial da teoria é atribuída a Maquiavel, que, em sua obra mais conhecida, ressalta que a necessidade pode impor ao *príncipe* a tarefa de fazer atuar o mal em nome da sobrevivência do Estado:

Deve-se compreender que um príncipe, e em particular um príncipe novo, não pode praticar todas aquelas coisas pelas quais os homens são considerados bons, uma vez que, freqüentemente, é obrigado, para manter o Estado, a agir contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. Porém, é preciso que ele tenha um espírito disposto a voltar-se segundo os ventos da sorte e as variações dos fatos o determinem e, como acima se disse, não apartar-se do bem, podendo, mas saber entrar no mal, se necessário.³⁰¹

Em condições, portanto, em que esteja em risco a integridade do Estado, as transgressões do príncipe devem ser avaliadas exclusivamente pela capacidade de garantir a segurança do Estado, sendo “julgados honrosos e por todos louvados” os meios que contribuirão para a superação do risco enfrentado³⁰². O príncipe encontra-se, na visão de Maquiavel, numa zona limítrofe entre a lei e a pura força, na qual as *razões de Estado* justificam a passagem de uma à outra.

Em Hobbes, a doutrina das razões de Estado encontra alicerce na imprescindibilidade da figura do Estado para a manutenção da organização social e, em consequência, para a própria sobrevivência do homem, que depende do *Leviatã* para se livrar das ameaças inerentes

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.69;99.

³⁰⁰ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13.ed. Brasília: UNB, 2010, p.1066.

³⁰¹ MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*. Tradução de Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p.103.

³⁰² *Ibidem*, p.103.

ao estado de natureza.³⁰³ O Estado, portanto, deve ser preservado a qualquer custo, justificando-se o desrespeito ao direito na medida em que assim reclamarem as *razões de Estado*. Em outras palavras, nada é superior à segurança do aparato estatal, razão pela qual nenhum obstáculo pode ser colocado às ações que visam a sua segurança.

A doutrina das razões de Estado decorre, de tal modo, de uma visão organicista do Estado, que, tal e qual um organismo vivo, luta por segurança e autopreservação, colocando seus objetivos e valores acima dos interesses dos indivíduos que o integram, conferindo primazia ao público sobre o privado. Arnaldo Godoy afirma que “o dogma da supremacia do *interesse público* foi construído pelo direito brasileiro com base em percepção vigorosa de Estado, detentor de vontade, que é concebida como vontade geral”, concepção esta tributária do Direito Administrativo estabelecido na França revolucionária, que herdou a centralização administrativa do Antigo Regime e “manteve os contornos do regime absolutista dos Bourbon”.³⁰⁴

Gustavo Binenbojm também retorna às origens do Direito Administrativo na França do final do século XVIII e início do século XIX para defender que as categorias jurídicas características de tal ramo do Direito, a exemplo da supremacia do interesse público, representam “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação”. Para o autor, a origem dos privilégios ainda hoje conferidos à Administração Pública vincula-se à atuação do *Conseil d'État*, que não baseou o regime jurídico administrativo na submissão da Administração Pública à lei, como se acredita hoje, tendo, na verdade, criado um direito especial capaz de garantir a manutenção da verticalidade nas relações entre o particular e o Poder Público³⁰⁵.

Com apoio em Paulo Otero, Gustavo Binenbojm sublinha, ainda, que não passa de mito a ideia de que a Revolução Francesa impôs a vinculação da atividade administrativa à lei, subordinando o Poder Executivo ao Poder Legislativo, ao passo em que o modelo de Administração Pública forjado à época pelo *Conseil d'État* representou, na verdade, uma continuidade das práticas que vigoraram no regime absolutista anterior.³⁰⁶ O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, nesse contexto, estaria maculado desde seu nascedouro, em razão de sua vinculação a uma tentativa de fazer prevalecer, em pleno Estado

³⁰³ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p.43.

³⁰⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Tipologias conceituais de interesse público: história, literatura, doutrina e jurisprudência. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 9, n.105, nov. 2009, p.1.

³⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.11.

³⁰⁶ *Ibidem*, p.12-13.

de Direito, os privilégios típicos do poder soberano. Estas são as palavras do autor referido sobre o tema:

O velho dogma absolutista da *verticalidade* das relações entre o soberano e seus súditos serviria para justificar, sob o manto da supremacia do interesse público sobre os interesses dos particulares, a quebra da isonomia.

(...)

Nesse contexto, as categorias básicas do direito administrativo, como a discricionariedade e sua insindicabilidade perante os órgãos contenciosos, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias deste *pecado original* consistente no estigma da *suspeita de parcialidade* de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados. Na melhor tradição absolutista, além de propriamente administrar, os *donos do poder* criam o direito que lhes é aplicável e o aplicam às situações litigiosas com caráter de definitividade.³⁰⁷

Diante de tal contexto, a doutrina que defende a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular propõe uma releitura do Direito Administrativo a partir da Constituição. Tal releitura assenta suas bases na posição de centralidade que os direitos fundamentais ocupam no Estado Democrático de Direito e a consequente necessidade de conferir-lhes prevalência nos casos de conflito com outros interesses coletivos ou individuais aos quais não tenha o ordenamento jurídico-constitucional conferido igual dignidade.

Sem adentrar na discussão sobre a origem dos direitos fundamentais na tradição jurídica anglo-saxã ou na tradição jurídica continental, encontra-se já no art. 3º da Declaração da Virgínia, de 1776, o preceito de que o governo deve ser instituído para o benefício comum do povo, sendo a melhor forma de governo aquele que produza o maior grau de felicidade e segurança. O art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por sua vez, declara que o fim de toda associação política deve ser a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. No art. 16 do mesmo diploma, a Assembleia Nacional Constituinte da França revolucionária enuncia, ainda, que não é dotada de Constituição a sociedade em que não estejam assegurados os direitos do homem ou não esteja estabelecida a separação dos poderes.

Paulo Ricardo Schier reconhece no surgimento do constitucionalismo moderno a tentativa de estabelecimento de limites racionais ao exercício do poder com a finalidade de

³⁰⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.14-15.

tutela e proteção dos direitos fundamentais.³⁰⁸ Para o autor, é a partir dos direitos fundamentais que deve ser compreendida uma Constituição, encontrando-se neles a justificativa da criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder.³⁰⁹

Técnicas como, por exemplo, as do Estado de Direito, da separação de poderes, da distribuição do poder no território e do controle da Administração Pública, seriam, ainda na visão do jurista paranaense, instrumentos destinados à proteção dos direitos fundamentais, que, “embora historicamente tenham se desenvolvido e se modificado, permaneceram como núcleo legitimador do Estado e do Direito”. Nesse sentido, o autor é peremptório em afirmar que é o Estado que se legitima e se justifica a partir dos direitos fundamentais, e não o contrário.³¹⁰

A respeito da Lei Fundamental Alemã promulgada em 1949, em vigor até os dias de hoje, aponta-se que a proposta inicial para o artigo 1.1 do referido documento enunciava que “o Estado está para servir aos indivíduos e não o indivíduo para servir ao Estado”. A opção posteriormente adotada de iniciar a referida Carta Constitucional por uma cláusula geral de reconhecimento da inviolabilidade da dignidade humana em nada alterou a proposta original, outorgando, também a versão atual do artigo 1º da Constituição da Alemanha, preferência ao indivíduo e a seus direitos inalienáveis sobre quaisquer interesses públicos. A proteção prioritária dos direitos humanos e civis e sua aplicabilidade direta frente ao Poder Público, ainda na visão de Schneider, conferiria à Lei Fundamental Alemã o “seu poder de atração e sua dignidade”.³¹¹

Gilmar Ferreira Mendes ressalta o significado especial que os direitos individuais recebem da Constituição de 1988, apontando que “a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial”. A posição de destaque dos direitos fundamentais seria reforçada, ainda, pela amplitude conferida pelo legislador constituinte ao texto do art. 5º da Constituição,

³⁰⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.221.

³⁰⁹ Ibidem, p.224-225.

³¹⁰ Idem, p.224-225.

³¹¹ SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.17.

que, à época de sua promulgação, elencava os referidos direitos em setenta e sete incisos e dois parágrafos.³¹²³¹³

Em nossa ordem jurídico-constitucional, os direitos fundamentais são “elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição”, razão pela qual se encontra subtraída do âmbito de atuação, inclusive, do poder constituinte derivado, conforme se extrai do art. 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, qualquer possibilidade de supressão dos mesmos. Aos órgãos estatais competiria, portanto, guardar estrita observância aos direitos fundamentais, sendo-lhes vedado tergiversar a respeito de sua colocação em prática.³¹⁴

A dupla perspectiva em que devem ser considerados os direitos fundamentais é também ressaltada por Gilmar Ferreira Mendes, que, além de direitos subjetivos individuais, se caracterizam como elementos fundantes da ordem constitucional objetiva. Nesse sentido, se, enquanto direitos subjetivos, outorgam a seus titulares a possibilidade de impor seus interesses em face do Estado e, também, da própria comunidade, os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, como elemento fundamental da ordem constitucional, “formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático”.³¹⁵

A constatação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais ou, em outras palavras, o reconhecimento dos mesmos como elementos objetivos fundamentais da ordem comunitária, constitui, na visão de Ingo Wolfgang Sarlet, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo.³¹⁶ O autor argumenta que os direitos fundamentais não têm como função exclusivamente a defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, constituindo, para além disso, “decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.³¹⁷

Afirmar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais significa dizer que os mesmos possuem função que transcende a previsão de direitos subjetivos individuais, consubstanciada no estabelecimento de um conjunto de valores objetivos básicos e dos fins

³¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1.

³¹³ Hoje, em decorrência da Emenda Constitucional nº 45/04, contam-se setenta e oito incisos e quatro parágrafos.

³¹⁴ Ibidem, p.1.

³¹⁵ Idem, p.2.

³¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.157.

³¹⁷ Ibidem, p.159.

diretivos da ação do Poder Público.³¹⁸ Tal dimensão objetiva representaria “uma espécie de mais-valia jurídica”, no sentido de um reforço da juridicidade das normas instituidoras dos direitos fundamentais em relação às funções tradicionalmente conferidas às mesmas, de meras estatuidoras de direitos subjetivos individuais.³¹⁹

Como desdobramento desta perspectiva objetiva, Ingo Wolfgang Sarlet se refere, ainda, a uma eficácia dirigente dos direitos fundamentais em relação aos órgãos do Estado. Caracterizar-se-iam, nesse sentido, os direitos fundamentais, como comandos dirigidos ao Estado para incumbir-lhe da permanente concretização e realização dos valores decorrentes dos próprios direitos fundamentais.³²⁰

Encontram-se, portanto, no núcleo do ordenamento jurídico democrático, os direitos fundamentais, que criam o Estado a partir do princípio da dignidade humana e impõem como justificativa para o exercício do poder e finalidade última da atividade estatal a tutela da pessoa humana. Não se limitam, os direitos fundamentais, à simples função de conferir direitos subjetivos exigíveis do Poder Público, prestando-se, também, através de sua dimensão objetiva, a fornecer os elementos estruturantes da organização estatal e da vida em comunidade.

Fica claro, assim, que, no Estado Democrático de Direito, a atuação da Administração Pública retira sua legitimidade da realização dos direitos fundamentais, da qual o conceito de interesse público não pode ser dissociado. As restrições aos direitos fundamentais serão admitidas apenas quando decorrentes do próprio sistema constitucional, afastando-se a possibilidade de limitações decorrentes de imperativos de interesse geral decorrentes de normas legais ou infralegais.

Daniel Sarmento ressalta que as restrições aos direitos fundamentais podem (i) estar estabelecidas diretamente na Constituição, (ii) estar autorizadas pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva, ou, ainda, (iii) não decorrer expressamente do texto constitucional, hipótese na qual “a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico dotado de envergadura constitucional”, seja outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade.³²¹ O autor afirma, ainda, que,

³¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.159-160.

³¹⁹ Ibidem, p.160.

³²⁰ Idem, p.163.

³²¹ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.91-95.

mesmo quando autorizadas pela Constituição, as limitações aos direitos fundamentais devem estar previstas em lei de maneira densa e determinada, sob pena de restar a efetividade de referidos direitos dependente da discricionariedade da Administração.³²²

De maneira coerente com as premissas adotadas, o constitucionalista argumenta que a “admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais”, como a da supremacia do interesse público, não se compatibiliza com os postulados de nossa ordem constitucional, representando excessiva debilitação do sistema de proteção dos direitos fundamentais, cuja implementação ficaria refém “de valorações altamente subjetivas e refratárias à parametrização por parte dos aplicadores do Direito”.³²³

Com efeito, a promessa de proteção do indivíduo contra o Estado, baseada numa Constituição composta por extenso rol de direitos fundamentais, restaria esvaziada em absoluto na medida em que fosse permitido à Administração Pública, com base em critérios discricionários, determinar os limites ao exercício de referidos direitos, fazendo-os, inclusive, ceder quando em confronto com as conveniências do governo. Tratar-se-ia, como atesta Gustavo Binenbojm na passagem que se segue, de verdadeira subversão do regime constitucional estabelecido:

Como o interesse público é um conceito vago, o Poder Público sempre desfrutou de ampla margem de liberdade na sua concretização; a partir do momento em que concretizado, tal conteúdo passava a gozar de supremacia sobre os interesses particulares; assim, o voluntarismo dos governantes adquiria supremacia sobre os direitos individuais. Neste sentido, o exemplo histórico da malsinada *doutrina da segurança nacional* a partir do princípio da supremacia do interesse público é eloqüente e irresponsável. Um princípio que tudo legitima não se presta a legitimar absolutamente nada.³²⁴

Paulo Ricardo Schier, no mesmo sentido, afirma que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular dá ensejo a um discurso que nega os direitos fundamentais e seu regime jurídico-constitucional.³²⁵ Em sua visão, nossa prática administrativa demonstra

³²² SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.91-95.

³²³ Ibidem, p.99.

³²⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.102.

³²⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.220.

a utilização do referido princípio como uma cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, possibilitando “a emergência de uma política autoritária de realização constitucional, ondes os direitos e liberdades e garantias fundamentais devem, sempre e sempre, ceder aos reclames do Estado que, qual Midas, transforma em interesse público tudo aquilo que é tocado”.³²⁶ O autor ressalta, ademais, que a ideia de que os poderes constituídos podem, ao seu alvedrio, sem qualquer critério, parâmetro ou autorização, restringir, a ponto de anular, os direitos fundamentais, tornaria absolutamente sem sentido as lutas sociais e políticas pela positivação de tais direitos, reduzindo a eficácia do Poder Constituinte.³²⁷

Diante de tal quadro, Paulo Ricardo Schier impugna a vigência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular em nosso ordenamento jurídico. Segundo observa o autor, encontra-se equivocado o entendimento de que o referido princípio pode ser extraído das situações em que a Constituição, ponderando os interesses em jogo, determina, *in abstracto*, a prevalência do interesse público sobre o privado, como nas citadas hipóteses de desapropriação e requisição administrativa, uma vez que tal raciocínio não consegue explicar as hipóteses em que a Constituição determina o contrário, fazendo prevalecer interesses privados em detrimento de interesses da coletividade. O autor aponta, inclusive, que a prevalência de direitos, liberdades e garantias individuais parece ser a regra no sistema da Constituição de 1988, ocorrendo em maior número de casos a determinação constitucional em favor dos interesses privados sobre os interesses públicos.³²⁸

Humberto Ávila também inadmite a adoção, por nosso sistema constitucional, de uma regra abstrata de prevalência do interesse público sobre o privado, argumentando que a concessão, por regras constitucionais específicas, de posição privilegiada à Administração Pública em hipóteses pré-determinadas, indica, tão somente, que, naquelas hipóteses, o órgão administrativo exerce função pública para cujo desempenho ótimo é necessária a outorga de determinados instrumentos técnicos, devidamente transformados em regras jurídicas.³²⁹ Ressaltando a dificuldade de se encontrar “um postulado normativo explicativo de um ordenamento jurídico administrativo que protege interesses tão diferenciados”, o autor afirma

³²⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.221.

³²⁷ Ibidem, p.228.

³²⁸ Idem, 235-236.

³²⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados*: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.202.

que, se fosse possível deduzir de nosso direito positivo uma regra de prevalência do interesse público, também o seria a dedução de uma norma em sentido diametralmente oposto, de prevalência dos interesses privados.³³⁰

Apesar de rechaçar expressamente a admissão, pela Constituição de 1988, de uma regra de prevalência *a priori* entre interesses públicos e privados, Humberto Ávila argumenta que, da forma como nossa Carta Constitucional protege a esfera individual e define as regras de competência da atividade estatal, se vigorasse uma regra da espécie em nossa ordem jurídica esta seria em favor dos interesses privados e, não, dos interesses públicos.³³¹ O autor defende, com base em Alexy, que, da preocupação com a vida e com os direitos privados que decorre de nosso sistema constitucional, resulta

um ônus de argumentação (“Argumentationslast”) em favor dos interesses privados e em prejuízo dos bens coletivos, no sentido de que, sob iguais condições ou no caso de dúvida, deve ser dada prioridade aos interesses privados, tendo em vista o caráter fundamental que eles assumem no Direito Constitucional. Seu conteúdo, porém, é diverso de uma regra absoluta ou relativa de prevalência. Esse ônus diz respeito, apenas, a uma valoração abstrata e relativa do *individuum* (incluindo, aí, seus interesses) na Constituição brasileira, no sentido de um ônus de argumentação em favor do indivíduo, a exigir que “devam corresponder razões maiores para a solução exigida pelos bens coletivos do que para aquelas exigidas pelos direitos individuais”.³³²

A posição de destaque conferida aos direitos fundamentais não significa, porém, que os interesses da coletividade nunca serão privilegiados quando em confronto com interesses individuais. Tal hipótese se fará presente quando a normatização constitucional e infraconstitucional assim determinar, devendo a resposta ser buscada, sempre, no ordenamento jurídico, analisado à luz das circunstâncias fáticas referentes ao caso concreto e com o auxílio do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, é de se afirmar que a atuação da Administração Pública está estritamente vinculada ao interesse público, noção esta que, no Estado de Direito, funciona e é definida a partir do ordenamento jurídico. Esta vinculação da atuação do Estado à lei e à Constituição é, no dizer de Cassio Scarpinella Bueno, a verdadeira razão de ser do Estado de Direito, o qual não se compatibiliza com “qualquer noção de interesse público, social,

³³⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.203-204.

³³¹ *Ibidem*, p.188-189.

³³² *Idem*, p.189.

coletivo ou qualquer relevância jurídica à margem do direito positivo: ou se está em uma determinada situação agasalhada pela ordem jurídica ou, por definição, está excluída a possibilidade (=dever) de atuação do ente estatal”.³³³

O interesse público, conforme defende Gustavo Binzenbojm, é o resultado da ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, realizada à luz das circunstâncias normativas e fáticas da situação concreta.³³⁴ O autor afirma que “as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação *a priori* e em caráter abstrato”, devendo ser buscadas no sistema constitucional, “dentro do *jogo de ponderações proporcionais* envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade”.³³⁵

Gustavo Binzenbojm utiliza o exemplo de um imóvel que se caracteriza como bem de família, o qual a Administração Pública pretende desapropriar para atender a determinada finalidade coletiva. Em tal hipótese, compete à autoridade pública, diante das normas constitucionais que impõem o dever de proteção da família, formular juízo de ponderação que leve em conta as circunstâncias fáticas (a existência de outros imóveis que atendam ao fim público perseguido, por exemplo) e jurídicas (o confronto aparente entre o poder expropriatório do Estado e o seu dever de proteção às entidades familiares) envolvidas no caso. O interesse público será o resultado desta operação ponderativa: poderá apontar tanto a necessidade de desapropriação do imóvel quanto a necessidade de manutenção da habitação familiar.³³⁶

É importante notar que, segundo tal conceito, não é possível a contraposição entre interesse público e interesse privado, na medida em que o interesse público é o resultado da ponderação entre os interesses coletivos e os interesses privados envolvidos na situação concreta. Não se pode cogitar, ainda, de interesse público contra a lei, ao passo em que a referida ponderação é realizada à luz do ordenamento jurídico, sendo sua conclusão extraída como interpretação deste.

O problema é apresentado de maneira ligeiramente diferente por Daniel Sarmento, que admite a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse privado. No caso de tal conflito, devem ser sopesados os referidos interesses, utilizando-se o princípio da

³³³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.221.

³³⁴ BINZENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.102.

³³⁵ *Ibidem*, p.109.

³³⁶ *Idem*, p.111.

proporcionalidade. Conforme o próprio autor reconhece, no fim das contas, o resultado obtido é o mesmo que o apresentado por Gustavo Binembom, já que “os interesses particulares devem ser devidamente sopesados e considerados pela Administração, com emprego do princípio da proporcionalidade, e não atropelados com base na invocação de uma hipotética supremacia do interesse público sobre o privado”.³³⁷

Daniel Sarmento preleciona, ainda, que a lei não é apenas o limite, mas é também o próprio fundamento da ação administrativa, razão pela qual “os interesses públicos só poderão ser invocados para restrição de interesses privados nos termos e nos limites das normas vigentes no ordenamento jurídico”.³³⁸ O autor conclui que “a ação estatal conforme ao Direito não será aquela que promover de forma mais ampla o interesse público colimado, mas sim a que corresponder a uma ponderação adequada entre os interesses públicos e privados presentes em cada hipótese, realizada sob a égide do princípio da proporcionalidade”.³³⁹

Humberto Ávila, por sua vez, afirma peremptoriamente a inexistência, no Direito brasileiro, de uma “norma-princípio” da supremacia do interesse público sobre o particular. O autor defende que a determinação do bem comum é antes de tudo uma questão de direito positivo, no qual devem ser buscadas as prescrições procedimentais e materiais para a determinação do interesse público.³⁴⁰

Nesse sentido, não caberia à Administração Pública utilizar-se do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular para impor restrições ou obrigações ao cidadão, tampouco para direcionar a interpretação do direito positivo. Segundo o autor, “a única idéia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais”.³⁴¹ O autor explicita seu posicionamento a respeito da temática nos seguintes termos:

³³⁷ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.115.

³³⁸ Ibidem, p.113.

³³⁹ Idem, p.115.

³⁴⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.208.

³⁴¹ Ibidem, p.216.

A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, ao máximo, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar.

Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular.³⁴²

Percebe-se, assim, que, para a corrente doutrinária que se opõe ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, não admite, nosso ordenamento jurídico, a aplicação de uma regra de supremacia dos interesses da coletividade sobre os interesses privados, cabendo ao aplicador do direito, a fim de desvelar o critério da atuação administrativa, trilhar um caminho ponderativo que, considerando a totalidade dos interesses em jogo, proporcione solução capaz de realizá-los ao máximo.³⁴³

Apesar de tal interpretação do conceito de interesse público ser incompatível com a ideia de fazer prevalecer o interesse público sobre o particular, dela não se afasta a corrente que defende a fundação do Direito Administrativo sobre o referido respectivo. De fato, autores como os já citados Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello também defendem que o interesse público e, em consequência, o sentido da atuação administrativa, deve ser extraído do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “o importante é extrair do ordenamento jurídico o fundamento para as decisões administrativas”, devendo prevalecer o interesse público sobre o particular “nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico”. Mais à frente, sustenta que as hipóteses em que o direito individual cede diante do interesse público não ocorrem por decisão da Administração, mas “porque a Constituição o permite, a legislação o disciplina e o direito administrativo o aplica”, sendo possível a proteção do interesse público em detrimento do particular “porque o ordenamento jurídico o permite e outorga os instrumentos” necessários.³⁴⁴

³⁴² ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.217.

³⁴³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.100.

³⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.).

A autora insiste, ainda, que o princípio da supremacia do interesse público não fica inteiramente à disposição da Administração Pública, sendo aplicado em consonância com os demais princípios administrativos, inclusive o princípio da legalidade. Nas palavras da própria administrativista, é “do ordenamento jurídico que se extrai a idéia do interesse público e quais os interesses públicos a proteger”.³⁴⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello também afirma que o conteúdo do interesse público somente pode ser encontrado no direito positivo. O autor defende que a qualificação como interesse público é feita pela Constituição e, a partir dela, pelo Estado, através dos órgãos legislativos e, posteriormente, dos órgãos administrativos, nos limites da discricionariedade conferida aos mesmos na legislação. Nas palavras do autor, “não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo (...) mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo”.³⁴⁶

Referido administrativista aponta, ainda, que a proteção do interesse privado, quando determinada pela Constituição, se caracteriza, também, como “um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado”, sendo sua defesa de interesse não apenas do particular diretamente afetado, mas da coletividade como um todo.³⁴⁷ Este é o entendimento do autor:

Assim, é de interesse público que o sujeito que sofrer dano por obra realizada pelo Estado seja cabalmente indenizado, como previsto no art. 37, § 6º do texto constitucional. É de interesse público que o desapropriado receba prévia e justa indenização, a teor do art. 5º, XXIV, do mesmo diploma. E é também evidente que nisto há proteção ao interesse privado de quem sofreu lesão por obra do Estado ou de quem foi por ele desapropriado, de par com a proteção do interesse público abrigado nestas normas. De resto, tais previsões, como é meridianamente óbvio, foram feitas na Constituição exata e precisamente porque foi considerado de interesse público estabelecê-las.

Só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre ... é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado!

Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p.94-97.

³⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p.99.

³⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.68.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 69.

(...)

Por isso os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir.

Em face do exposto, fácil é ver-se que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o interesse privado só podem ser manejadas legitimamente para o alcance de interesses públicos; não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais.³⁴⁸

Ao vincular a definição do conteúdo do interesse público à legalidade, propugnando que o mesmo deve prevalecer sobre o interesse privado apenas nas hipóteses determinadas no ordenamento jurídico, acaba-se por esvaziar completamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Com efeito, quando afirmam que a definição da atuação administrativa deve ser extraída da lei e da Constituição, os autores mencionados acabam por se aproximar da corrente *desconstrutivista*, abandonando a ideia de uma preferência abstrata pelos interesses da coletividade. Humberto Ávila, diante da afirmação de que a legalidade é o parâmetro definitivo para a definição do interesse público e da conduta administrativa devida, ressalta, na passagem seguinte, a inutilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular:

O mais importante é a descrição e determinação intersubjetivamente controlável dos critérios para a definição do interesse público. A determinação, porém, só sucede mediante a criação jurisprudencial de regras de conflito, em função das quais o interesse público recebe prevalência em determinados casos de conflito com os interesses privados, quando isso ocorrer. Esses critérios devem ser obtidos por meio da análise da Constituição e das normas contidas nas leis – o que BANDEIRA DE MELLO com razão afirma –, perde a expressão “interesse público” a sua relevância normativa como norma-princípio. Dito mais claramente: “A expressão ‘bem público’ sempre representa a abreviatura daquilo que a Constituição entende por limites permitidos ou não. Disso, porém, resulta uma importante consequência: em vez de um princípio de preferência deve ser atribuída a importância, então, às prescrições constitucionais e legais, já que elas – e não, portanto, o citado ‘princípio’ – é que são juridicamente decisivas.”³⁴⁹

A adoção da referida concepção de interesse público nos afasta completamente da ideia de que a suspensão de segurança funciona como instrumento capaz de tutelar o interesse

³⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.69-73.

³⁴⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: Sarmento, Daniel. (Org.) *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.200.

público sem adentrar o mérito da causa principal, com fundamento em razões alheias à decisão originária. Inviabiliza, no mesmo sentido, a defesa do entendimento de que a ponderação entre interesses privados e interesses da coletividade é matéria jurídica estranha às decisões judiciais ordinárias, cabendo sua invocação exclusivamente nos incidentes de suspensão de segurança.

Com efeito, o interesse público existe, apenas, enquanto dado direito positivo e, não, à sua margem. Estando, portanto, determinada decisão judicial, em conformidade com a lei, não há que se cogitar de sua suspensão por razões de interesse público pelo simples fato de inexistir interesse público a ser privilegiado na espécie.³⁵⁰ É dizer que a decisão judicial que, baseada no ordenamento jurídico-constitucional e com o auxílio do princípio da proporcionalidade, determina a prevalência de interesses privados sobre interesses da coletividade, não contraria o interesse público, o qual, pelo contrário, se materializa no cumprimento daquela mesma decisão judicial.

Nesse sentido, e, insista-se, inexistindo interesse público fora da lei, ou há direito do particular contra o Poder Público e este deve ser reconhecido pela autoridade judiciária, ou inexistente tal direito e a decisão que o privilegia contraria a ordem jurídica, justificando-se, então, a sustação de seus efeitos. Fica clara, de tal modo, a impossibilidade de desvinculação do mérito da suspensão de segurança do mérito da decisão proferida na origem, cuja fundamentação não pode ser outra senão a ponderação dos interesses em jogo no caso concreto respectivo.

Suponhamos, no exemplo do bem de família oferecido por Binenbojm, que o Poder Público, através de juízo de ponderação, conclui que o interesse público impõe que seja desapropriado o imóvel, iniciando o procedimento administrativo correspondente. O proprietário do bem, irresignado, ingressa em juízo e obtém liminar determinando a sustação do procedimento expropriatório. Tal decisão se baseia em um novo juízo de ponderação, realizado pelo magistrado de primeira instância, que, ao fazê-lo, afasta o posicionamento do Poder Público sob a afirmação de que a correta interpretação do ordenamento jurídico, realizada à luz das circunstâncias fáticas pertinentes, impõe a manutenção da habitação familiar. O interesse público, na visão da autoridade judiciária, estaria materializado na liminar proferida.

³⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.222.

Diante de tal quadro, o Poder Público, requer a suspensão da liminar, alegando a violação de um dos interesses previstos no art. 15 da Lei nº 12.016, de 2009. O desembargador presidente do tribunal, ao conhecer do incidente, não dispõe de outra alternativa senão a de refazer a ponderação dos interesses em jogo. O resultado desta nova ponderação apontará o que, na visão do referido magistrado, melhor representa o interesse público, permitindo-lhe decidir o pedido de suspensão de segurança.

Percebe-se, assim, que as operações ponderativas realizadas em sede de suspensão de segurança não diferem em essência daquelas realizadas no processo originário. A decisão de primeira instância já é proferida com base no princípio da proporcionalidade, tendo por objetivo implementar, com as menores restrições possíveis, cada um dos direitos em conflito na espécie. O mérito da suspensão de segurança coincide, de certa maneira, com o mérito da decisão de origem, sendo passíveis de suspensão apenas as decisões judiciais que, na visão do presidente do tribunal, contrariem o interesse público e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico.

Destinar a suspensão de segurança à paralisação dos efeitos de decisões judiciais que, fundadas em juízos de ponderação equivocados, privilegiam interesses privados em hipóteses nas quais a correta interpretação do ordenamento jurídico, considerados os fatos envolvidos na causa, determina o contrário, significa conferir caráter revisional e, ainda, jurídico, à discussão travada no incidente. De fato, ao afirmar a afronta ao interesse público de referidas decisões judiciais, o presidente do tribunal estará reconhecendo, na mesma medida, a ilegalidade das mesmas, exercendo competência de natureza recursal.

Se, por outro lado, a decisão judicial que privilegia o interesse privado encontra-se revestida de legalidade, quaisquer interesses alegados em contrário pelo Poder Público não passarão de meros interesses da máquina administrativa, que, por não encontrar guarida no ordenamento jurídico, não se confundem com o interesse público. O deferimento da suspensão de segurança em tal situação resulta na manutenção dos efeitos de conduta administrativa contrária ao ordenamento jurídico-constitucional, cujo objeto não se confunde com a realização do interesse público, sendo possível sua justificação, exclusivamente, como medida de exceção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização da suspensão de segurança como medida de exceção nos impõe uma nova forma de pensar o funcionamento de nosso sistema jurídico. O comando geral e abstrato contido na lei somente vigora nas hipóteses em que não represente risco para o equilíbrio das funções estatais, permanecendo suspenso nos casos em que sua realização prática seja considerada prejudicial ao interesse público nas condescendentes modalidades ordem, saúde, segurança e economia públicas.

A eficácia do ordenamento jurídico-constitucional se mantém dependente da existência de um contexto fático apropriado, cujo reconhecimento pode ser negado pelo Poder Judiciário no julgamento do incidente de suspensão de segurança, dando ensejo à sustação dos efeitos da decisão judicial fundada no direito considerado excepcionalmente inaplicável. Permite-se, de tal modo, sob a alegação de proteção dos interesses da coletividade, a implantação de decisões administrativas editadas em descompasso com os imperativos jurídicos incidentes, em tese, na espécie.

Trata-se, assim, de subtrair o ato administrativo do controle judicial, comprometendo-se, em última análise, a plena realização do Estado de Direito. A legalidade deixa de ser o parâmetro definitivo de atuação do Poder Público, que é autorizado, pelo deferimento da ordem de suspensão de segurança, a conduzir-se segundo uma concepção de bem comum estranha à contida na lei, a fim de promover as medidas consideradas necessárias à garantia dos bens jurídicos elencados na legislação de regência do instituto.

A Constituição tem relativizada sua força normativa, deixando de representar uma proibição definitiva das intervenções públicas contrárias à decisão fundadora nela contida para funcionar exclusivamente nos casos em que não apresente maiores inconvenientes para o desenvolvimento das atividades do Poder Público. A realização prática da Constituição passa a depender de um critério político, do que resulta a mitigação de seu caráter de lei fundamental do Estado e, ainda, a falta de correlação entre seu conteúdo normativo e a realidade social.

A possibilidade de limitação dos direitos fundamentais com base em critérios discricionários inverte a lógica constitucional, deixando de se caracterizar a realização dos referidos direitos como a fonte de legitimidade do Estado para se transformar em mera concessão do Poder Público. O indivíduo não mais encontra nos direitos fundamentais uma

última garantia contra os excessos ou as indevidas omissões da Administração Pública, despidendo-se os dispositivos constitucionais respectivos da capacidade de regular com imperatividade as situações da vida concreta.

A efetividade dos direitos fundamentais apenas em tempos de normalidade, contrastada pela sustação de seus efeitos nas situações “excepcionais” em que assim reclame a consecução de um suposto interesse público, demonstra a fragilidade de nossos compromissos constitucionais. O extenso rol de direitos fundamentais constante da Constituição de 1988 não encerra verdadeiros direitos subjetivos do cidadão, tratando-se, na realidade, de cláusulas cuja inaplicação nas hipóteses em que decidida pelo Poder Público retira do indivíduo qualquer possibilidade de resistência ou reivindicação, tornando possível o retorno da forma soberana de exercício do poder.

A tentativa de recondução da suspensão de segurança ao direito através da menção ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, argumentando-se que o estado de anormalidade jurídica ensejado pelo referido instrumento excepcional diz respeito à garantia do interesse público, tem como efeito encobrir os verdadeiros impactos da utilização do instituto, que dizem respeito à substituição dos parâmetros previstos no ordenamento jurídico pelas decisões adotadas pelas autoridades administrativas.

A forma benevolente como a suspensão de segurança vem sendo encarada pela literatura nacional revela o viés autoritário que subjaz às nossas representações do Estado e do Direito Público. A naturalidade que marca nossa convivência com o referido instrumento se justifica pelo fato de nunca ter a legalidade chegado a se tornar o critério definitivo da atuação de nossa Administração Pública, cuja relação com o particular tem como marca característica a verticalidade.

Nesse sentido, parece existir certo consenso no sentido da impossibilidade de um “bom governo” segundo a lei, da necessidade de fazer ceder o ordenamento jurídico, de tempos em tempos, em prol de “interesses maiores”. A prevalência de necessidades governamentais determinada por insindicáveis atos administrativos discricionários faz parte de nossa prática administrativa, cujo processo de constitucionalização ainda se encontra por realizar.

A prática da suspensão de segurança em nosso sistema judiciário confirma os prognósticos de Agamben no sentido de que a legalidade extraordinária será a regra de nosso tempo, caracterizando-se a democracia contemporânea pela tendência de generalização das

medidas de exceção. A utilização da exceção como técnica de governo e a gradual redução do campo de incidência da norma tem como efeito o alargamento da atuação do Executivo, com a progressiva degeneração da democracia parlamentar em um novo tipo de regime baseado na concentração dos poderes de governo.

O controle da exceção se torna cada vez mais difícil na medida em que a guerra deixa de ser necessária para a suspensão das garantias fundamentais e a constante invocação da emergência econômica é suficiente para a manutenção de um cenário de crise permanente. O resultado é um ambiente em que normalidade e exceção se aproximam a ponto de se tornarem indistinguíveis e a normatização constitucional permanece condenada a uma inefetiva vigência formal.

A relativização da proteção jurídica do indivíduo o coloca em contato com um poder incondicionado que a qualquer tempo pode decretar o fim da normalidade e transformá-lo novamente em objeto. Habitando o mesmo espaço que o soberano, o homem não pode encontrar amparo numa normatividade vazia, numa lei cuja ineficácia permite a colocação dos valores humanos em segundo plano e a consequente inclusão da morte na realidade das democracias ocidentais como um evento banal.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Mandado de segurança contra decisão que nega ou concede liminar em outro mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, v.80, out.1995. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 02.09.13.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.868, p.53-68, fev. 2008.
- ANDRADE, Érico. *O Mandado de segurança: A Busca da Verdadeira Especialidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BENDERSKY, Joseph. The Expendable Kronjurist: Carl Schmitt and National Socialism. *Journal of Contemporary History*, London and Beverly Hills, v.14, p.309-328, abr.1979. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/260061>> Acesso em: 04 jun. 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.11, p.95-99, fev.2006. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/pdfs_notitia/1642.pdf> Acesso em: 04 jun. 2012.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13.ed. Brasília: UNB, 2010.
- BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. 3.ed. Madrid: Tecnos, 1997.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Liminar em Mandado de Segurança*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança: 51 anos depois*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CARONE, Modesto. *Lição de Kafka*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

CASTRO, Edgardo. *Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência*. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Mandado de Segurança*. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Mandado de Segurança: suspensão no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. *Combatente inimigo, Homo Sacer ou inimigo absoluto? O estado de exceção e o novo nomos da Terra*. 2011. 181 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito: Direito das Relações Internacionais, Centro Universitário de Brasília, 2011.

FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica do liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de Segurança*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *O debate conceitual em torno dos poderes do Presidente dos Estados Unidos nos casos de guerra e de combate ao terror: a tese do presidencialismo unitário de John Yoo e seus críticos*. 2014. (mimeo).

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Tipologias conceituais de interesse público: história, literatura, doutrina e jurisprudência. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 9, n.105, nov. 2009.

GUTIÉRREZ, Cristina. *Suspensão de liminar e de sentença na tutela do interesse público*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JUNGES, Márcia. Giorgio Agamben. Um filósofo para compreender o nosso tempo. In: *Cadernos IHU em formação*, São Leopoldo, ano 9, n.45, 2013.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar; LIMA, Tiago Asfor Rocha (Org.). *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: RT, 2010.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. IV.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34.ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: EDIPRO, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Suspensão de sentença e de liminar. *Revista de Processo*, São Paulo, v.97, jan. 2000. Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 02.09.13.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PALUMBO, Renata. A metáfora da guerra nos discursos de Lula: um estudo sobre os processos referenciais e argumentativos. *Revista Intercâmbio*, São Paulo, v. XXI, p.78-97, 2010. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/intercambio/article/view/4451>>. Acesso em: 04 jun. 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e 'habeas data' – constituição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PRUDENTE, Antônio Souza. O terror jurídico-ditatorial da suspensão de segurança e a proibição do retrocesso no estado democrático de direito. *Revista Magister de direito civil e processo civil*, Porto Alegre, v.10, n.55, p.108-120, jul./ago., 2013.

ROCHA, Caio Cesar. *Pedido de Suspensão de decisões contra o Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de Segurança: Sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. 3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. A exceção jurídica na biopolítica moderna. In: XI SIMPÓSIO INTERNACIONAL IHU: O (DES)GOVERNO BIOPOLÍTICO DA VIDA

HUMANA, 11, 2010, São Leopoldo-RS. *Anais ...* São Leopoldo Instituto Humanitas Unisinos, 2010, p.244-274.

RÜTHERS, Bernd. *Carl Schmitt en el Tercer Reich*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeo Goffi Flaquer. *Suspensão de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHMITT, Carl. *Ex Capitivitate Salus. Experiencias de la época - 1945-1947*. Minima Trotta: Madrid, 2010.

SCHMITT, Carl. *La dictadura*. Madri: Alianza Editorial, 1985.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHMITT, Carl. Teologia Política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y Constitucion*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

SCHEUERMAN, William E. *Carl Schmitt: The End of Law*. Boston: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

TALAMINI, Eduardo. Nota sobre a Atual Natureza Jurídica da Suspensão de Decisões Contrárias ao “Poder Público”, à Luz do seu Regime de Eficácia. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n.67, out.2008, p.43-53.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.